

PRIMERA PARTE

IDEAS SOBRE EL ORIGEN Y EVOLUCIÓN
DEL CONSTITUCIONALISMO Y SU REALIDAD
CONTEMPORÁNEA

I. Algunas consideraciones sobre el constitucionalismo, la Constitución y el derecho constitucional	13
Bibliografía	23
II. Supremacía de la Constitución y el valor de la democracia	25
III. Las normas constitucionales de carácter programático y los procedimientos para conseguir su eficacia	55

PRIMERA PARTE

**IDEAS SOBRE EL ORIGEN Y EVOLUCIÓN
DEL CONSTITUCIONALISMO Y
SU REALIDAD CONTEMPORÁNEA**

I. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CONSTITUCIONALISMO, LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL

La idea de que el ejercicio del poder debía someterse a ciertas reglas y que la comunidad, en sus relaciones con ese poder, se guiaba por unas normas que obligaban a todos, incluida la autoridad cuyo propio origen se reflejaba en tales reglas, es tan antigua como las primeras formas de organización social de los seres humanos.

Un paso más se dio cuando los límites al poder son límites objetivos y jurídicos, cualquiera que sea su alcance y contenido. El concepto de la *politeia* griega, que supone el conjunto de unas reglas de derecho veneradas para regir la comunidad política y cuyo incumplimiento por cualquier magistratura supone una grave sanción, incluida la pérdida del poder y hasta el destierro, les lleva a “inventar” el Estado de derecho y el núcleo del constitucionalismo.

Entre griegos y romanos, estas reglas también organizan las instancias de poder, creadoras de derecho, la participación política de los ciudadanos y una idea de equilibrio que salvaguarde los derechos e intereses de todos, que se expresa en la fórmula de república.

En la Edad Media este movimiento constitucionalista, bajo la reivindicación de un pacto entre el soberano y sus súbditos, pretende garantizar las libertades, regular los deberes y obligaciones hacia el soberano y exigir la protección y servicio al interés general de la comunidad, por parte de los príncipes.

En Inglaterra, los abanderados de tal exigencia serán los jueces que aplican el *common law*, desde una jurisprudencia tenaz y reiterada que acumula una doctrina constitucional muy rica en las “razones para decidir” de sus sentencias.

En el continente, la bandera del constitucionalismo va a ser más ideológica y reflejada en las obras de autores y en los escritos de agravios de las corporaciones. Estas posiciones van a ser apuntaladas por la influencia de un derecho consuetudinario que consi-

dera que existen ciertas reglas que tienen el carácter de leyes fundamentales, no sólo por el convencimiento de su proximidad a un cierto derecho natural, que refleja las normas sobre los derechos innatos del hombre, sino porque formalmente hay leyes de superior jerarquía a las ordinarias, y necesarias para regular cuestiones como la sucesión al trono, los acuerdos más importantes entre el monarca y los estamentos, las libertades religiosas, etcétera, que si fueran violadas derrumbarían la legitimidad del príncipe y justificarían el derecho del pueblo a la desobediencia.

Estas leyes fundamentales no pueden ser derogadas, porque como señala Pufendorf, los actos del soberano que van contra sus obligaciones respecto a las leyes fundamentales, son nulos y no deben ser respetados.

La concepción de la soberanía con un sentido finalista en su orden —en una sociedad que da su consentimiento— y en su esfera, cuando el ejercicio del poder tiene que dirigirse al bien común —sería desobedecido el soberano de no ser así— elaborada por la Escuela de Salamanca y Francisco Suárez, particularmente, responden también a la idea de una ley fundamental que expresa la Constitución y que va a ser el primer soporte de su principio de supremacía.

Si la Constitución va a fijar los límites jurídicos al ejercicio del poder, garantizar los derechos y libertades y finalmente estructurar el Estado configurando sus instituciones políticas, la doctrina de la supremacía de la Constitución es, en primer lugar, la condición de sus funciones de limitación y de legitimación del poder.

Ahora bien, la garantía de esa supremacía de la Constitución impone condiciones respecto a su propia estructura y se expresa por diversos métodos. El derecho de resistencia es el más radical y directo. El origen de las reglas especiales de revisión que diferencia a la Constitución de las otras leyes, también está en este proceso de garantía de la superioridad constitucional. La separación de poderes para que ningún órgano tenga por sí solo suficiente fuerza para imponerse y variar la Constitución, va a ser otra manifestación del mismo fenómeno.

La culminación de este proceso para garantizar la supremacía de la Constitución va a ser el papel de los jueces como vigilantes de la intangibilidad constitucional. Este creciente control constitucional por la judicatura encontrará sólo dos escollos, uno insalvable y el otro poco a poco superado. El primero es la doctrina

inglesa de la omnipotencia del Parlamento, capaz incluso de juzgar, sin previa ley. El otro está representado por la idea francesa —hija de la Revolución de 1789— de la ley como expresión de la voluntad general o emanación del pueblo soberano. De acuerdo con esta interpretación, como ha señalado François Luchaire, la ley era infalible y omnipotente, y por tanto, no era posible el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Pero esta ficción se ha debilitado hasta prácticamente desvanecerse en la actualidad.

El convencimiento de que la Constitución puede controlar cualquier acto contrario a ella misma, se expone por el juez Marshall en el famoso caso *Marbury versus Madison*, de 1803, como una proposición tan simple que nadie puede negarla. Y el órgano judicial tiene que aplicar la Constitución en un caso concreto o permitir la vigencia de una ley que viole la propia Constitución. La mayor duda, como ha señalado Geoffrey Marshall, es si la revisión judicial de las normas es en sí misma participación en la función legislativa o sólo parte de la función judicial. La indeterminación de la respuesta permitió que en Estados Unidos los primeros partidarios y enemigos de la revisión judicial apoyaran sus argumentos en la referida doctrina de la separación de poderes.

Lo cierto es que cada vez resulta más generalizada la convicción en el correcto papel de la jurisprudencia como garante de la Constitución y para controlar —dice Christian Stack— las acciones de los hombres que no están al abrigo de errores, abusos y usurpaciones sobre todo cuando están vinculados al poder. Lo cierto es que si esa primacía está asegurada por un control judicial de las leyes, la claridad y precisión del derecho constitucional es una condición previa para el necesario reparto de competencias entre el Parlamento y la Corte constitucional que va a controlar su actividad de acuerdo con la Constitución.

Sólo así será posible evitar el peligro de que la judicatura constitucional se convierta en una forma de legislación negativa al aplicar criterios muy amplios y generales, que supongan una restricción notable —ha escrito Kelsen— al poder legislativo.

Las revoluciones norteamericana y francesa del siglo XVIII aportan al constitucionalismo la fundamental consideración de la trascendencia de los textos constitucionales en documentos escritos y codificados, que va a ser decisivo para los comentarios jurídicos a

la Constitución y las reglas de interpretación jurídica, y un sentido universal fundamentado en el carácter natural de los derechos y libertades del hombre y en la racionalidad indiscutible de una determinada organización del poder: la famosa y equívoca división de poderes que se pretende consustancial al constitucionalismo y condición necesaria de la existencia de la Constitución. Por más que es discutible que tal doctrina fuera formulada en estos términos por el propio Montesquieu, la evolución posterior ha tendido a una colaboración de poderes y la primacía evidente del órgano ejecutivo, manteniéndose como consecuencia residual el estatuto de independencia de los jueces, cada vez más mediatizado. Por eso, escribía Duguit “que no es posible trasladar a la teoría política la idea teológica de la trinidad divina; no es otra cosa que afirmar que hay tres poderes distintos y un solo poder verdadero e indivisible”.

El constitucionalismo histórico está entremezclado de sentimientos, lucha por valores y una carga emocional e ideológica que ha llevado a Alf Ross a considerar el constitucionalismo como la ideología jurídica de la dogmática constitucional.

En esta evolución se ha querido identificar al constitucionalismo con determinadas filosofías o ideologías, y ello ha afectado al contenido de las constituciones, ya que se quería identificar con determinados requisitos —derechos del hombre, división de poderes, economía de mercado, socialización de los medios de producción, etcétera— la existencia del régimen constitucional con carácter excluyente para los que no poseyeran esos contenidos. Existe un peligro eminente de reduccionismo que empobrecería el horizonte constitucional. Distinto problema es el de la efectividad de las reglas constitucionales en el ámbito de su vigencia.

Es imprescindible diferenciar la evolución del constitucionalismo histórico y axiológico —cuyo conocimiento es fundamental para comprender los supuestos metajurídicos de los que partimos— y la concreción jurídica de un derecho dado por los órganos socialmente reconocidos como creadores de derecho, a cuyo conocimiento, determinación y análisis se aplican las técnicas, criterios y cánones de la dogmática jurídica.

Existen, sin lugar a dudas, unas condiciones mínimas institucionales y de principios para poder afirmar que nos encontramos ante un fenómeno constitucional. En primer lugar, el principio de supremacía de la Constitución sobre el que se basa el prin-

cipio de legalidad y que tiene consecuencias fundamentales sobre la legitimación política y para justificar la desobediencia civil, la resistencia a la opresión e incluso la revolución. En segundo lugar, los cauces para acceso a las magistraturas y órganos de poder que deben estar regulados en la Constitución. En tercer lugar, los mecanismos de responsabilidad de las autoridades como consecuencia de su sometimiento a la ley fundamental. En cuarto lugar, los derechos y libertades de los ciudadanos y las garantías de los mismos. En quinto lugar, las instituciones de solución de conflictos: es decir, la regulación del proceso jurisdiccional para resolver los litigios. En sexto lugar, los procedimientos de reforma y defensa constitucional que condicionen a los órganos constituidos. Y por último, la fuerza de exigencia y aplicación de las propias normas constitucionales, ya que de no ser así, serían meras declaraciones programáticas.

Bajo este esquema fundamental pueden articularse una variedad de formas constitucionales, ya que compartimos el criterio del profesor Tamayo, de que el constitucionalismo no es una teoría política que describe el poder ni el comportamiento político, ni es una teoría jurídica que describa el derecho positivo. Es una doctrina que señala cómo debe ser el derecho positivo y cómo debe aplicarse e interpretarse para alcanzar el Estado de derecho.

Ninguno de los rasgos atribuidos a la Constitución excluye a los otros, y aún más, completan una realidad constitucional poliédrica y compleja: ley fundamental, ley suprema, pacto, estructura del Estado, solemne documento escrito.

Goodhart —citado por Marshall— quería resumir la Constitución en aquellas normas que regulan el ejercicio del poder público (estatal) y que los órganos ejecutivo y judicial del Estado reconocen como obligatorias. Lo cierto es que la doctrina anglosajona ha valorado siempre la trascendencia de los usos, costumbres, prácticas y convenciones como fuentes tan importantes a la legislación. En otros países, sin que tenga el arraigo y la fuerza de obligar del mundo anglosajón, cada vez se considera más relevante las formas de mutación constitucional y de ordenación consuetudinaria de las instituciones, que hace valorar las consecuencias de la realidad sobre los límites impuestos a los gobernantes y a la ley y que ha llegado a decir al profesor Luchaire, contemplando el carácter ficticio, en la actualidad, de conceptos como el de soberanía nacional, nación o la ley como expresión de la voluntad

general —en vez de expresión de la voluntad de los gobernantes— “que una Constitución no puede reposar sólo sobre ficciones, debe también tener en cuenta las realidades”.

Sin embargo, la identificación de la Constitución con un documento escrito, y por tanto con el concepto de Ley, ha sido fundamental para la dogmática jurídica constitucional y su actividad de fijar, de describir e interpretar el derecho. Desde esta perspectiva alcanza su sentido más diáfano la afirmación del profesor Delpérée de que la confección de la ley se presenta como un fenómeno esencial del derecho constitucional. Y ello y tres razones: en primer lugar, es la misión más importante del poder legislativo y la ley es una prescripción que se impone a todos y ejerce un papel irremplazable para fijar las condiciones del ciudadano, y en especial, la protección de sus derechos. En segundo lugar, por una justificación comparatista, debido a las semejanzas en los procesos legislativos y a la universalidad del discurso jurídico desde este enfoque, pese a que se apunte el peligro de exceso de analogías. La última razón sería la ventaja de la transparencia y documentación en todo el proceso de elaboración de la ley, que facilita el trabajo de determinación e interpretación jurídica, en contraste con el carácter opaco, y más confidencial de la actividad gubernamental que convierte su análisis en más difícil, y a la vez, más complejo, por el predominio de factores políticos sobre los jurídicos.

Este enfoque de nuestra disciplina como la técnica jurídica de analizar el derecho positivo establecido, al que se llama Constitución, sin cuestionar su validez, ha permitido objetivar el derecho constitucional como una parte de la dogmática jurídica, y facilitar la generalidad de los métodos de trabajo, ya que, como ha apuntado Carlos Nino: “La generalización de la actividad del jurista se debe, en gran medida, al hecho de que los materiales jurídicos que manejan son identificados (seleccionados) recurriendo a características fácticas, como vigencia o eficacia.”

Al mismo tiempo, las técnicas para explicar o interpretar ese conjunto de disposiciones y prácticas aceptadas como Constitución, se maneja bajo unos cánones reconocidos de interpretación jurídica que permiten un trabajo similar a juristas de diferentes credos e ideologías. En este sentido, una cuestión fundamental es la del lenguaje jurídico y en particular el lenguaje jurídico constitucional, ya que esta herramienta de trabajo es la que permite dar significados peculiares al material jurídico y se distingue clara-

mente del lenguaje común, precisamente para el rigor interpretativo en nuestro análisis constitucional.

Esta función dogmática, que no entra en la validez de las normas, sino en su consideración en sí mismas, bajo criterios verificables empíricamente de eficacia y vigencia y de haber sido emanadas de los órganos socialmente reconocidos para ello, tiene una entidad propia y es uno de los aspectos de esa dimensión poliédrica del derecho constitucional. Por ello no debe mezclarse ni confundirse con la descripción de los acontecimientos políticos ni con las expresiones ideológicas del constitucionalismo histórico.

Surge, en medio de este análisis, la antigua cuestión de los valores, que ha sido planteada recientemente hasta el extremo de dudar sobre si todo Estado que tenga una Constitución es realmente un Estado constitucional. Los trabajos de Finer y Friedrich sobre la relación entre democracia y Constitución han sido reelaborados por algunos constitucionalistas iberoamericanos que apuntan la incapacidad del constitucionalismo para determinar los caracteres del régimen democrático, y —tal como hace Domingo García Belaúnde— propone partir de la democracia para construir la teoría constitucional, de tal forma que la primera sea el género y la segunda la especie.

El profesor Jorge Carpizo, por su parte, desde una concepción de la ley fundamental, plantea una clasificación de las constituciones en relación al valor democracia, que se establece por las respuestas a tres preguntas fundamentales: ¿cómo están establecidos los derechos y sus garantías y cómo operan en la realidad?, ¿qué mínimos económicos y sociales se aseguran a los individuos y cómo se aplican en la realidad?, y ¿cuál es la estructura del sistema político?, la que se constata en la norma y en la realidad, por la eficacia de la separación de poderes y el régimen pluralista de los partidos políticos.

Estos criterios son meritorios especialmente en países que pugnan aún por un mínimo de libertades y de seguridad jurídica. Sin embargo, creo que entremezclan dimensiones de la interpretación constitucional que sólo pueden favorecer la confusión en el análisis. Principios que parecían indiscutibles no hace mucho, como el de representación política, la soberanía, la división de poderes, están en una crisis profunda.

Los derechos individuales y la autonomía de los representantes han sido transformados por la presencia de las masas en la vida

política, parlamentaria y constitucional, en la que emergieron nuevos protagonistas colectivos, tales como los partidos políticos, los sindicatos, las fuerzas armadas, etcétera. A su vez, estos grupos protagónicos también viven contradicciones y disfuncionalidades en el momento presente, a pesar de haber adaptado sistemas electorales, trabajo parlamentario, concertación económica, a sus esquemas organizativos.

La tremenda eficacia de los medios de comunicación de masas, y en general, de la revolución científico-tecnológica, está favoreciendo una nueva personalización del poder y un predominio del ejecutivo identificado con el líder triunfante.

Las disfuncionalidades del sistema, sus contradicciones e insuficiencias, se quieren muchas veces enmascarar tras fenómenos de adhesión carismática y alienación unidireccional que fomenta la apatía y la pasividad, excepto para la reafirmación periódica de la adhesión.

En medio de tales problemas, ¿acaso el derecho constitucional no tiene nada qué decir? Muchas veces infravaloramos la fuerza transformadora del derecho y la tremenda eficacia de la concreción normativa de convicciones y creencias que se articulan en reglas de convivencia.

En este sentido, es irrenunciable, antropológicamente, el principio de autoorganización social y autogobierno político y alcanzar esa "masa crítica" del entramado jurídico constituido por titulares efectivos de derechos y deberes, desde la conciencia de libertad ejercida por aquel hombre "parentético" enunciado por Husserl, que ejerce una actitud crítica, suspende o coloca entre paréntesis la creencia en el mundo común, permitiendo a los individuos alcanzar un nivel de pensamiento conceptual, y por tanto, la libertad.

Este modelo de hombre tiene también su proyección en la teoría administrativa —como ha señalado Alberto Guerreiro Ramos— y puede y debe tener su reflejo jurídico y constitucional. En este último sentido hay que reconocer la posibilidad de una prospectiva constitucional. En el campo de la teoría política esa dimensión del entendimiento de cómo debe ordenarse la sociedad y su desenvolvimiento fue definida por el profesor Sánchez Agesta como una crítica proyectiva.

Sin embargo, lo que no debe realizarse nunca es entremezclar y confundir esta triple dimensión del derecho constitucional: la primera representada por la perspectiva jurídica sobre la evolución

de las instituciones políticas, el desarrollo ideológico y axiológico del constitucionalismo histórico y los sentimientos y emociones que llegan a decantarse en la idea de Constitución. La segunda dimensión es la que identifica nuestra disciplina con una parte de la dogmática jurídica que interpreta, describe y analiza el derecho establecido por medio de las técnicas objetivas propias de la dogmática jurídica y a partir de aquel material jurídico empíricamente verificable como Constitución.

La última de las facetas es la de prospectiva constitucional que indague sobre los caminos de superación de las crisis jurídicas, de agotamiento de los órganos e instituciones políticas y constitucionales, y acarree elementos para la construcción de edificios normativos al servicio de esa evolución jurídica mejorativa en la que pueda llegar a ser cierta la añeja afirmación de los clásicos de que "El hombre es la medida de todas las cosas".

BIBLIOGRAFÍA

- ARISTÓTELES, *Política*, libro IV, cap. I.
- CARPIZO, Jorge, "La democracia y la clasificación de las constituciones. Una propuesta", *Anuario Jurídico IX*, México, 1982.
- DELPÉRÉE, Francis, "La confection de la loi dans les sociétés pluralistes d'Europe occidentale", *La loi aujourd'hui*, Túnez, AIDC, 1989.
- DUGUIT, Leon, *Traité de Droit Constitutionnel*, 2ª ed., París, 1923, T. 2.
- FINER, Hermann, *Teoría y práctica del gobierno moderno*, Madrid, Tecnos, 1967.
- FRIEDRICH, Carl, J., *La democracia como forma política y como forma de vida*, Madrid, Tecnos, 1968.
- GARCÍA BELAÜNDE, Domingo, "¿Constitucionalismo democrático o democracia constitucional?", *Anuario Jurídico IX*, México, UNAM, 1982.
- GUERREIRO RAMOS, Alberto, "O Modelo de Homen e Teoria Administrativa, A ascensão do Homen Parentético", *Cadernos do Núcleo de Pós-Graduação em Administração*, Salvador, Brasil, Universidad Federal da Bahia, núm. 1, 1984.
- HUSSERL, Edmund, "The Thesis of Natural Standpoint and Its Suspensions", en: J. J. Kockemans, *Phenomenology, the Philosophy of Edmund Husserl and its Interpretation*, Garden City, Doubleday and Co., Inc., 1967.
- LUCHAIRE, François, "La loi et la volonté générale", *La loi aujourd'hui*, Túnez, Recueil des cours 2. AIDC, 1989.
- MARSHALL, Geoffrey, *Teoría constitucional*, Madrid, Espasa Calpe, 1982.
- NINO, Carlos, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, UNAM, 1974.
- PUFENDORF, *De Iure Nature et Gentium*, libro VII, cap. VI. parte X.
- ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1970.
- SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Principios de teoría política*, 2ª ed., Madrid, Editora Nacional, 1967.
- SUÁREZ, Francisco, *De Legibus*, libro I, cap. III, parte VII; libro II, cap. VII, parte VI.
- STACK, Christian, *La suprématie de la Constitution*, Casablanca, Recueil des cours I. AIDC, Les Editions Toubkal, 1987.
- TAMAYO, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, 2ª ed., México, UNAM, 1986.

II. SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y EL VALOR DE LA DEMOCRACIA *

SALUDO

Es muy satisfactorio poderme reunir con ustedes. Espero también que luego, al final de mis palabras, podamos tener un cambio de impresiones y quizás aclarar algunas dudas o contestar a sus preguntas.

Ha habido, creo, algún pequeño equívoco sobre el título de mi intervención porque en principio se habló del sistema político español, o el régimen político español, mientras que yo había propuesto, porque me parecía especialmente interesante para un instituto como éste, y además en esta etapa fundacional, hablar de la idea de la supremacía de la Constitución y el valor de la democracia.

De todas formas, ello no quiere decir que luego, en la fase del coloquio, si alguno de ustedes tiene interés de hacerme alguna pregunta o aclaración sobre la situación constitucional o el régimen constitucional y político español, también con mucho gusto, en la medida en que tenga respuestas, las daré a las preguntas que se me hagan sobre ese otro tema.

La idea de que hay en todos los regímenes una ley especial, una ley suprema, una ley de leyes es una idea muy antigua. En cierta medida podríamos rastrear en la historia de las instituciones europeas y en el de otras civilizaciones este concepto. Hay, en algún momento, en todos los ordenamientos jurídicos una regla, una norma, una ley que es distinta a las otras y que en cierta forma se la considera vértice o culminación de esa pirámide de normas que supone el conjunto de reglas que rigen a una sociedad.

* Conferencia pronunciada en el Instituto Federal Electoral, México, D. F., el 18 de junio de 1991.

Posiblemente la idea de una ley suprema se remonta a la de una norma que directamente proviene de la divinidad, de un ser superior; pero en un plano histórico, ya más próximo a nosotros, es evidente que en el derecho medieval europeo se configura el concepto de ley fundamental. La ley fundamental era básicamente un pacto, un acuerdo que contenía los derechos y deberes a los que se obligaba, por una parte, el príncipe, el monarca y, por otra, los súbditos, o sean los habitantes de las ciudades, la nobleza o el clero; la forma en que estos grupos sociales y el gobernante, el príncipe, acordaba unas reglas de pacto, un acuerdo en donde quedaban marcadas, por una parte, las obligaciones de los súbditos y por otra, las obligaciones del príncipe respecto a ellos. Se entendía que ésta era una ley distinta a las otras leyes, era una ley fundamental.

En el derecho germánico esta idea de la ley fundamental, equivalente a ley suprema, casi sagrada, que había que preservar absolutamente su valor, es una idea muy antigua y en el derecho castellano también existe. Desde la Edad Media, la tradición de que los reyes cuando acceden al poder, el primer acto que tienen que hacer es jurar públicamente —a menudo en una catedral— ante sus súbditos esa ley que normalmente tenía nombre de fuero —los fueros— y que contenía esas obligaciones fundamentales en la relación entre el príncipe y sus súbditos. De tal forma que no se le reconocía la legitimidad de nuevo rey hasta que ese juramento, ese acatamiento no se había producido y, en consecuencia, la idea de que pudiera desviarse o pudiera no respetar esa ley fundamental se consideraba motivo suficiente para ya no estar obligados a la obediencia.

Como ven, pues, la idea de ley de leyes o de ley fundamental está en el origen del derecho histórico y tiene algunas culminaciones de elaboración muy importantes en la tradición hispánica que tiene su reflejo también en México. Habría que hacer referencia a la importancia de la llamada escuela de Salamanca del siglo XVII, con juristas tan destacados como Francisco de Vitoria, considerado como uno de los padres del derecho internacional y, sobre todo, Francisco Suárez cuya teoría del poder y de la soberanía es de las más elaboradas y de las más ricas y en la que fundamentalmente, sin dejar de reconocer el origen divino del poder, éste sólo llega al príncipe a través del pueblo que le reconoce como tal y siempre que el príncipe cumpla con la idea del bien común.

De tal suerte que si el príncipe se desvía o no sirve realmente en el ejercicio de ese poder, el bien común de todos los ciudadanos, de todos los miembros de la comunidad que rige, entonces pierde la fuente de su autoridad y no sólo puede ser desobedecido sino que incluso, si se llega al abuso de la tiranía, puede ser destruido con la legitimidad moral de lo que, en Tomás de Aquino, en Suárez y en Vitoria se llamó la "legitimidad moral del tiranicidio", de la muerte del tirano.

Esta concepción continúa, aunque ya en función de una filosofía secularizada: primero en la tradición anglosajona a través de las doctrinas del pacto. Las doctrinas del pacto que fundan el origen de las sociedades. Hobbes y después Locke se basan en la idea de un pacto entre los súbditos y el príncipe, precisamente para que se supere la situación de desorden, de lucha de todos contra todos, mediante el cual el príncipe debe garantizar la seguridad jurídica, el orden público y a cambio recibir el acatamiento y la obediencia.

Y también estas doctrinas del pacto, bajo la versión de las concesiones contractualistas, están en el origen de la filosofía francesa del siglo XVIII, fundamentadora luego de lo que va a ser el pensamiento político de la Revolución francesa y del constitucionalismo moderno. La idea de Montesquieu de que el equilibrio y la paz en una sociedad supone distribuir el ejercicio del poder entre una serie de órganos que funcionan con autonomía, que se compensan y se equilibran y ello da como resultado, precisamente, la seguridad jurídica y el respeto a los derechos y las libertades, queda plasmado de forma radical en el pensamiento de Rousseau que también considera que el origen de la sociedad es ese contrato social, pero contrato social basado en la idea de que la soberanía es distribuida por partes alcuotas, es decir, por partes iguales entre todos los ciudadanos, y que la expresión de las decisiones de esa colectividad soberana se producen a través de la ley que expresa la idea de la voluntad general.

Esta concepción hace que la ley —en realidad, cualquier ley— como expresión de la voluntad general, ya en sí misma, una ley suprema. Ello plantea un problema importante y es la diferencia de actitud entre algunos países que consideran que el Parlamento o el órgano legislativo es el supremo soberano y en cualquier momento puede tomar cualquier decisión y cambiar cualquier norma, incluso las más fundamentales. Tras una serie de evolu-

ciones es la posición del Parlamento británico, que todo lo puede, según un famoso aforismo del derecho inglés, excepto convertir a un hombre en mujer. Aunque hoy podríamos decir que eso ya no deja de ser del todo imposible.

Esa concepción en Europa ha sido seguida por otros países, por ejemplo Holanda. También en Francia ha habido una cierta resistencia, aunque ha evolucionado en los últimos años, al control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, a partir del concepto de que si toda ley es la expresión de la voluntad general no puede haber nada por encima de ella.

En cualquier caso, este pensamiento que muy rápidamente hemos pergeñado va a culminar en lo que va a ser la filosofía liberal del constitucionalismo moderno que se sustenta en unos valores, los valores de los llamados derechos del hombre. Toda la filosofía de los derechos del hombre está en el núcleo del constitucionalismo moderno.

La Constitución como ley de leyes, como ley fundamental, como ley suprema no lo es ya tanto porque sea un pacto supremo que hay que respetar, sino porque contiene elementos absolutamente superiores al derecho positivo, naturales e indiscutibles, de la organización social. Y esa expresión de lo indiscutible, de lo fundamental sobre el que se soporta toda la organización del Estado constitucional, se resume en la famosa fórmula del artículo 16 de la Declaración universal de los derechos del hombre y del ciudadano, aprobada al comienzo de la Revolución francesa, en 1789, cuando nos dice que en una nación, en una sociedad en donde no estén reconocidos los derechos del hombre y establecida la división de poderes, carece de Constitución.

Es decir, que es imprescindible que la organización de los poderes del Estado se haga de acuerdo con la idea de la división de los órganos de ejercicio de ese poder y además, se fundamenta en el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona, que el Estado sólo reconoce porque son de carácter natural y, por lo tanto, anteriores al derecho positivo.

En este punto, habría que recordar que en la Revolución francesa, sobre la cuestión de la división de poderes, se va a producir un giro importante, y sobre el propio concepto de soberanía. Por una parte, Montesquieu, en contra de lo que tópicamente se dice, nunca había defendido la idea de una separación de poderes, en plural, sino la existencia de un poder —además ejercido por el monarca—, pero que funcionalmente se distribuye a través de

órganos diferentes que permiten ese equilibrio de la sociedad política. También la idea de una soberanía popular, que es la idea rousseauiana basada en que todos los ciudadanos, absolutamente todos, tienen una parte igual de esa soberanía, e implicaba ya el sufragio universal y una democracia absolutamente generalizada, va a ser profundamente modificada.

La verdadera clase política protagonista de las revoluciones francesa y norteamericana y, en general, del movimiento constitucional y del liberalismo político, la burguesía revolucionaria de Europa y de Estados Unidos, consideran que esta concesión es muy peligrosa y se produce, por lo tanto, un doble giro. El primer giro es pasar de la soberanía popular a la soberanía nacional: la soberanía ya no la tiene el pueblo distribuido en partes iguales, entre todos sus miembros, sino la tiene el titular de la misma, esa persona moral que se llama nación y, por tanto, hay una consecuencia práctica muy importante: los representantes de esa nación ya pueden ser personas a los que se les exijan una serie de requisitos de propiedad, de renta, para intervenir como representantes políticos de la nación y de la soberanía.

Y en cuanto al concepto de división de poderes, les interesa mucho más que se produzca una verdadera separación de poderes distintos, independientes y autónomos, porque ello impide la posible tentación al poder concentrado en un solo dirigente, en un monarca o en algún otro dirigente, lo que les arrebataría el triunfo que la burguesía había alcanzado.

Pues bien, esta concepción que culmina a principios del XIX, y de la cual en alguna medida aún somos herederos —porque la estructura del Estado constitucional ha sufrido cambios importantes, pero que en su estructura fundamental aún responde en cierta medida a este esquema que acabamos de señalar—, en las postrimerías de la Revolución francesa ya fija algunas garantías para que esa ley fundamental que responde a estos valores básicos de la división de poderes y del reconocimiento de los derechos de la persona sean defendidos.

Y una de las expresiones más radicales de control de la constitucionalidad es el que expresa la Constitución francesa de 1791, una constitución revolucionaria, cuando apunta la posibilidad del derecho a la resistencia, la resistencia a la opresión o el derecho a la insurrección cuando alguien quiere desvirtuar, traicionar o incumplir esta ley fundamental, tal como en la Declaración uni-

versal de los derechos del hombre y del ciudadano se enuncia o tal como en la misma Constitución de 1791 queda presentada.

Es decir, algo a lo que nos vamos a referir de inmediato, es a la función de la Constitución, que a través de mecanismos de control de la constitucionalidad de las otras normas, autogarantiza que la intangibilidad y la superioridad de la Constitución se mantengan.

En este momento de fundación del movimiento liberal constitucional, en plena euforia revolucionaria, se apunta, ya lo hemos dicho, el primer mecanismo de control de constitucionalidad, quizás el más radical de todos: el derecho de resistencia a la opresión, el derecho de resistencia o el derecho activo de insurrección cuando se quiere eliminar la soberanía nacional, cuando se quiere eliminar el contenido esencial del Estado constitucional expresado en su ley fundamental.

Esta concepción de la supremacía de la Constitución, con la evolución que estamos viendo, va a pasar también a tierras americanas, no sólo a través del pensamiento de la Revolución norteamericana, que parte de esa misma concepción, sino a través de los movimientos de independencia en los nuevos Estados nacionales latinoamericanos.

La idea de que hay una ley superior a la cual están subordinadas todas las otras disposiciones que emanan de los distintos órganos del Estado, y que en consecuencia el gobierno ordinario de los poderes constituidos debe someterse a esa Constitución, a esa superioridad jerárquica de la Constitución es, pese a todos los incumplimientos, un hecho que no podemos desconocer.

La historia política de los países latinoamericanos, como ustedes saben, es muy convulsa, llena de incumplimientos y de eliminaciones de textos constitucionales, pero se mantiene con un gran arraigo y con una gran fuerza la idea de la superioridad de la Constitución, y ello va a tener consecuencias importantes en el derecho americano y en el general, en la historia del movimiento constitucional moderno.

En realidad implica una cierta tendencia a reemplazar lo político por lo jurídico para evitar precisamente la desnaturalización del constitucionalismo. Es la tendencia a lo que se han llamado los Estados judicialistas, es decir, la existencia, en última instancia, de un órgano jurisdiccional de control, que es el que va a definir si las nuevas disposiciones del legislativo o del ejecutivo se desvían o no de la ley fundamental, de la Constitución: es al modelo norteamericano de control difuso, a través del juez ordinario, y

es también la evolución que en Europa se va a seguir del control jurisdiccional concentrado, a través de los que van a ser más tarde los tribunales constitucionales.

La distinción que hace en este punto Carl Schmitt entre Estados judicialistas, Estados legislativos y Estados ejecutivos, considerando a los Estados europeos del siglo XIX y principios del XX Estados legislativos, en los que no cabe la defensa de la Constitución por un órgano jurisdiccional, es a mi modo de ver —con excepción del caso británico muy *sui generis*—, ciertamente algo que está en contradicción con la evolución constitucional de estos Estados europeos que de una forma generalizada han ido a garantizar la estabilidad del Estado de derecho precisamente en función de que un órgano de control de la constitucionalidad, independiente del ejecutivo y del legislativo, y de carácter jurisdiccional, sea el que pueda en todo momento darles a los ciudadanos la garantía de la permanencia de la ley de leyes, de la ley fundamental.

Además, los efectos de esta concepción de la supremacía de la Constitución van a ser muy variados y todos ellos importantes. Un efecto inmediato es la rigidez constitucional. Lógicamente una norma que tiene este carácter de superley, necesita un procedimiento más complejo, más dificultoso para ser modificada, que una ley ordinaria, y ello implica una cierta rigidez constitucional.

Y esto ha ocurrido también en el constitucionalismo latinoamericano, más allá —y creo que eso no debería de confundirnos— de todos los incumplimientos de hecho, de todas las situaciones de hecho en que esto no se ha producido. Pero la tendencia normativa a la rigidez constitucional es consecuencia directa de la concepción de la Constitución y de su valor de supremacía.

También otra consecuencia directa de esta concepción se da en los Estados federales —y creo que en México es muy pertinente hablar de ello— porque precisamente la subordinación al poder central de los estados (entidades federativas) e incluso de los municipios, viene en función de la idea de la propia supremacía de la Constitución.

Y por último, el sistema de garantías y de protección de los derechos de la persona es también hijo de esta concepción de la supremacía de la Constitución, porque si uno de los elementos fundamentales, como vimos ya en la Declaración universal de derechos del hombre y del ciudadano, es el reconocimiento de los derechos y las libertades fundamentales, y si ese reconocimiento

se da en la cúspide de todo el sistema normativo que es la Constitución, lógicamente hay que proteger esos derechos, y la forma de protegerlos es precisamente una declaración de inconstitucionalidad cuando no se respeten.

Cuando el derecho de cualquier ciudadano no se respeta, no sólo se está violando el derecho de ese ciudadano que es muy importante, sino que además se está haciendo un acto inconstitucional, se está dañando la esencia de la Constitución.

Sobre esta idea de la declaración de la inconstitucionalidad, de protección de la intangibilidad de la Constitución, es sobre la que se va a poder sustentar una teoría y una práctica, tan rica que es uno de los aportes más originales, más valiosos del constitucionalismo iberoamericano y que además nace —ustedes se pueden sentir muy orgullosos de ello— en México, como es el sistema de amparo de las garantías y de los derechos y libertades fundamentales.

Pero esa concepción del amparo es hija de esa idea de que en realidad lo que se está aplicando es un procedimiento de control de la constitucionalidad a través de la protección de los derechos de los ciudadanos.

Del mismo modo se plantea el problema de hasta qué punto perdura la idea de la división de poderes, que era otro de los elementos —lo veíamos antes— que se consideraban consustanciales con la esencia misma de la Constitución.

Y este segundo elemento constitutivo, del núcleo constitucional, de acuerdo con su formulación originaria, también es traspasado a la totalidad del constitucionalismo moderno y también, lógicamente, a los países iberoamericanos. Pero esa proclamación muy solemne de la división de poderes que en unas constituciones se hace de manera más detallada y minuciosa, como en la Constitución argentina —y quizá sería el paradigma de la defensa de la división de poderes en el constitucionalismo iberoamericano—, lo cierto es que hace ya bastantes años que ha entrado en crisis, y ha entrado en crisis primero por la tendencia lógica y natural a la colaboración de poderes, y luego por el crecimiento universal del poder ejecutivo como agente eficaz, rápido, de los procesos de desarrollo y de servicios públicos, sobre todo cuando se produce la evolución hacia el llamado Estado social del derecho.

Ahora bien, esa colaboración de poderes va sustituyendo la idea rígida de la división originaria de los poderes, a lo cual algunos países se han resistido más que otros. En México esa tendencia a

la colaboración de los poderes, mediante la posibilidad de concesión de poderes extraordinarios por el legislativo al ejecutivo, ha sido algo que ha estado muy vinculado a la tradición constitucional mexicana y en la evolución de la reforma de la actual Constitución del año de 1917. Incluso en los países, como decíamos, que habían hecho esencia de su sistema político la rígida separación de poderes —pensemos en el caso argentino una vez más—, han tenido que dar en los últimos años un cierto giro a través de la jurisprudencia de sus cortes supremas de justicia, reconociendo que, sin renunciar al principio, las necesidades de los modelos de desarrollo y de crecimiento exigen una atenuación de ese principio, al menos en su formulación más rígida.

No quiere decirse que haya que desechar este principio que parecía consustancial con el Estado constitucional. Comparto en este punto la opinión de un gran maestro mexicano, el doctor Fix-Zamudio, que considera que lo que quizá hay que reformular o replantear es la expresión clásica del principio de la separación de poderes, pero no el principio mismo que todavía tiene validez en cuanto significa que —cito textualmente:

debe existir un equilibrio entre los diversos órganos del poder, de tal manera que cada uno de tales órganos sirva de contrapeso a los demás y se evite la concentración del poder en uno de ellos. Es decir, la seguridad jurídica implica siempre la lucha por una cierta desconcentración del poder.

El sometimiento al principio de legalidad, que es un principio fundamental del Estado de derecho, está también vinculado a esta idea de desconcentración del poder, lo cual no quiere decir que no pueden darse formas de cooperación funcional de los poderes, pero al mismo tiempo evitar el riesgo de una excesiva concentración del poder en uno de los órganos de la estructura constitucional del Estado.

Ahora bien, estas características y estos rasgos implican que la idea de supremacía de la Constitución esté íntimamente vinculada a estos elementos constitutivos y a un procedimiento de control de la constitucionalidad en sus múltiples manifestaciones. Y en este momento estamos en un instituto que tiene una incidencia importante en un aspecto del conocimiento del control de la constitucionalidad, como es la dimesión electoral de la participación política. Y es muy importante para la ciudadanía que haya

una confianza en los órganos de control de la constitucionalidad en sus múltiples manifestaciones o a través de una multitud de fórmulas, porque no necesariamente el sistema concentrado del tribunal constitucional que adoptan los países europeos, tiene que ser siempre el mejor, o puede ser perfectamente válido y vinculado a la tradición jurídica, el sistema difuso del juez ordinario o la existencia de varios órganos que se complementan en distintos aspectos del control de la legalidad constitucional, y no sólo de la Constitución, sino de las leyes de desarrollo, como son las leyes electorales.

Pero este mecanismo que nos parece tan importante, además, tiene que responder a una pregunta de contenido que ya estaba enunciada, por cierto, en la idea de los derechos fundamentales de la persona, es el origen del movimiento constitucional y en el aspecto de la organización funcional, que es la idea de separación de poderes.

Hoy en día esa formulación tiene lógicamente que tener una expresión más próxima a nosotros, y es cuando considero que es imprescindible conectar la idea de la supremacía de la Constitución a lo que se puede llamar el valor de la democracia.

Todo Estado que tiene una Constitución, es un Estado constitucional; todo Estado en el cual se obedece un derecho, es un Estado de derecho. Desde una estricta expresión del formulismo jurídico, sería así: si hay Constitución y Estado, estamos ante un Estado constitucional, y si hay un derecho que se obedece, sea el que fuere, estamos ante un Estado de derecho.

Lo cierto es que el movimiento constitucional responde a una axiología, a unos valores, y que la existencia de unas puras reglas formales no es suficiente. Luego volveremos sobre la importancia de que las reglas sean cumplidas, sobre la importancia de la seguridad en que éstas son de verdad, las reglas que van a regir la participación ciudadana y no otras. Es el valor de la seguridad jurídica al que me referiré al final.

Ahora quiero hacerles hincapié en la importancia que tiene el vincular el propio concepto de Estado constitucional al concepto de Estado democrático.

El concepto de Estado democrático podríamos enunciarlo de muchas formas, pero me gustaría recordar los comentarios de dos grandes constitucionalistas iberoamericanos; uno, el profesor Domingo García Balaúnde, el gran jurista peruano, que plan-

teaba esta disyuntiva entre constitucionalismo democrático o democracia constitucional, y llegaba a concluir que la democracia es el género y el constitucionalismo es la especie.

De tal forma que la Constitución debe reflejar el espíritu democrático, y el espíritu democrático implica la alternancia de los cargos libres, la competencia libre, el respecto a los derechos fundamentales. Pero lógicamente esos valores y ese espíritu necesitan también una expresión normativa y ahí es donde la Constitución debe configurar jurídicamente ese espíritu o esos valores.

Y lo que debemos saber —concluye García Belaúnde— es, primero, si de verdad se da la democracia en un país de acuerdo con estos principios, y luego averiguar si existe la debida concordancia jurídica entre el vehículo jurídico constitucional que es la ley fundamental, y ese espíritu democrático.

Y el segundo testimonio es de un gran jurista mexicano, el profesor Jorge Carpizo. Hace unos años escribió un trabajo sobre la democracia y la clasificación de las constituciones, un trabajo valioso que he reflejado en mi libro *Introducción al constitucionalismo iberoamericano*.

La idea de constituciones normativas o constituciones que de verdad sean cauces vivos para regir y encaminar los fenómenos de poder, es idea que ya en el profesor Loewenstein y en otros autores se encuentra.

Pero el profesor Jorge Carpizo al plantear esta propuesta de clasificación de las constituciones, asume con todo rigor y coraje, podríamos decir, la idea de que la Constitución debe de estar al servicio del hombre.

Y que para ello se deben contestar, a la hora de clasificar qué Constitución tenemos, a tres preguntas: la primera, averiguar cuáles son y cómo operan en la realidad, no sólo como están reconocidas en los textos, las garantías o derechos individuales; la segunda, qué mínimos económicos y sociales se asegura a los individuos y cómo, realmente, esos mínimos operan en la realidad; y la tercera pregunta sobre cuál es la estructura del sistema político. Es decir, cómo en la norma y en la realidad se contrasta realmente la existencia de una separación entre los órganos del poder, cómo el régimen de partidos políticos responde a un auténtico pluralismo ideológico y cómo, en suma, no se produce la concentración del poder en una persona o grupo, de tal manera que así podremos, si se responde a estas preguntas en el sentido apuntado, hablar de

constituciones democráticas o al modelo de las llamadas democracias populares, de cuyo derrumbe por falta de valores que las sustenten, somos testigos históricos de excepción en este momento.

Existe esa correlación, pues, entre la idea de la supremacía de la Constitución que es uno de los pilares de la idea del Estado de derecho, y la necesidad de medios de control de la constitucionalidad de las normas e inferior rango, precisamente para que haya una coherencia y una concordancia en todo sistema normativo. Y correlación de esa ley fundamental, con este valor de la democracia tal como aquí se ha enumerado. Creo que es algo que resume por encima de cualquier moda, un modelo de convivencia pacífica en donde a todos los ciudadanos se les reconozca un protagonismo activo en la sociedad política.

Y para que ello sea posible es también imprescindible otro valor que es absolutamente inseparable de los anteriores: la idea de la seguridad jurídica, la idea de que toda persona sepa realmente las reglas que rigen su sociedad son las reglas efectivas por las que él va a ser regido y que, si en algún momento del sometimiento a esas reglas se produce un desvío o se produce cualquier clase de abuso de poder o incluso de delito, van a existir los instrumentos jurídicos, los órganos de control independientes que van a poder restablecer la intangibilidad de los derechos y, en suma, la intangibilidad de la Constitución.

A veces se exagera, y ayer en Toluca —en la Universidad Autónoma del Estado de México—, hablaba a los profesores y estudiantes sobre la índole de las normas constitucionales de carácter programático, en esas grandes promesas de sociedades perfectas, modelos de que se abusa tanto ahora al incluirlos en los preámbulos de las nuevas constituciones. Ese abuso que yo he llamado, en algún lugar, el maximalismo programático.

Y es verdad que habría que estudiar los procedimientos, y hay muchos y variados en el derecho, para que esas normas o no se incluyan de esa manera abusiva o, incluso, si permanecen sin desarrollo y sin ser aplicables a la práctica, se hagan desaparecer de las constituciones o, en última instancia, que se encuentren los procedimientos para que se les desarrollen y se puedan aplicar y regir la vida práctica de todos los ciudadanos.

Pero siendo estos objetivos importantes, quizás antes que entrar en ese terreno lo que tendríamos que pedirnos es que sobre las reglas que tenemos —que ya son operativas, que son ejecutivas, que forman parte de la positividad del derecho—, realmente ten-

gamos la tranquilidad de conciencia de que son reglas que se van a cumplir; más buenas o perfectibles —para ello ahí están todos los procedimientos de reforma—, pero mientras esté en vigor, tengamos el convencimiento, y la seguridad jurídica de que el derecho es un instrumento que tal como existe va a ser cumplido. Y para lo cual, me parece fundamental precisamente esa idea de que la Constitución es la medida jurídica de la aplicación de las otras normas, y me parece fundamental la existencia de esos órganos de control de la constitucionalidad con la mayor amplitud en sus facultades y también con la mayor garantía para sus autonomías.

Y en el terreno electoral, que es un aspecto fundamental de la participación política, la existencia de tribunales y de órganos electorales que precisamente garanticen la transparencia, la fiabilidad y la confianza en el sistema de participación, me parece que es también una reivindicación fundamental de la evolución mejorativa del Estado constitucional de nuestros días.

Por ello, me congratulo de que en México, en los procedimientos de mejorar su Estado constitucional y su Estado de derecho se pongan en funcionamiento instituciones como ésta, como el Instituto Federal Electoral y que realmente la práctica y el funcionamiento en los momentos decisivos, como son los periodos electorales, sirva de garantía de esa intangibilidad de la supremacía de la Constitución, por un lado, y por otra parte, de esa confianza de los ciudadanos en el sistema que viven, con todas sus imperfecciones con todos los errores —porque al fin y al cabo es obra humana—, pero también que en la medida de lo posible es el mejor de los que existen y en el cual siempre cabrá la posibilidad de aplicar algún mecanismo de derecho para mejorar, o rectificar los errores o los incumplimientos que a ese mandato de superioridad constitucional se puedan producir.

Muchas gracias.

(SESIÓN DE PREGUNTAS Y RESPUESTAS)

PREGUNTA: ¿Cómo se resolvería un conflicto entre una ley autonómica y otra expedida por el poder central?

Otra pregunta va en el sentido de que siendo Madrid una de las capitales más cosmopolitas y actualmente una de las más caras para vivir en Europa, ¿cómo se explica que en las pasadas elecciones municipales ganara el partido comunista?

RESPUESTA: En las últimas elecciones municipales, en Madrid, la mayoría absoluta la obtuvo el Partido Popular que es un partido conservador, de centro-derecha, ha sido además uno de los resultados más llamativos de esas elecciones, esa es una primera aclaración.

El problema de los conflictos entre las leyes del Parlamento Central, el Congreso de los Diputados y el Senado, porque es un sistema bicameral, y las leyes de los parlamentos autonómicos, claro, nos llevaron a un tema bastante complejo que es la distribución de competencias en el Estado de las autonomías en España.

Por darle una respuesta breve, digamos que hay, en la distribución de competencias, leyes que son exclusivas del Estado unitario, central, leyes que son exclusivas de las autonomías y leyes que son mixtas o compartidas.

Como en el sistema español existe el Tribunal Constitucional que es el máximo órgano de control de la constitucionalidad, precisamente este tribunal es el que puede, primero, respecto a una ley del Parlamento Nacional o un parlamento autonómico, si existe un recurso de inconstitucionalidad que pueden presentar 50 diputados, 50 senadores, un parlamento autonómico, el Defensor del pueblo, en fin, el gobierno; el tribunal constitucional, primero, puede decidir si esa ley del Congreso o de un parlamento autonómico es o no inconstitucional. Si lo es, queda anulada de pleno derecho.

Y también el Tribunal Constitucional es el que puede decidir en conflictos entre los poderes del Estado. Pero concretamente en el conflicto de legislación lo que cabría es, por ejemplo, si un parlamento autonómico hace una ley que fuera contradictoria no ya con una ley ordinaria nacional, porque ahí habría que ver si tiene o no competencias para legislar en su ámbito autonómico; si tiene competencias puede legislar. La ley, por ejemplo, de cooperativas de Cataluña es distinta a la ley de cooperativas de otras comunidades autónomas, que se rigen por una ley del Estado que afecta las comunidades autónomas que no tienen transferidas esas competencias.

Lo que sí podría hacer el gobierno de la nación, si considera que la ley del Parlamento catalán es contraria a la Constitución, es presentar un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, que es el único órgano que puede decidir sobre la constitucionalidad o no de esa ley y, a su vez, sobre una ley

del Parlamento Nacional, al parlamento autonómico podría presentar también un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

En última instancia, digamos la última palabra del control de constitucionalidad y del conflicto normativo lo tiene el Tribunal Constitucional.

PREGUNTA: Doctor Colomer, dos preguntas: la primera acerca del concepto del maximalismo programático: ¿en alguna forma está vinculado o conectado con el derecho electoral de los ciudadanos o si se puede aplicar el mismo concepto del maximalismo?

Y la segunda, hemos tenido aquí en la tribuna del instituto conferencistas procedentes de Italia y de Brasil, ahora de España, y nos queda a alguno de nosotros la sensación de saber si en España ¿existe alguna corriente dentro del sistema político español que aglutine a las personas que están alrededor de un programa de defensa ecológica?, que fue algo que nos llamó la atención en Brasil y en Italia.

RESPUESTA: Respecto a la primera, lo que yo llamo el maximalismo programático es esa tendencia universal, pero que veo más acusada en los países en vías de desarrollo, de incluir en sus constituciones, sea en los preámbulos de ellas, como declaraciones generales hacia una sociedad democrática participativa, de justicia social, de trabajo para todos, etcétera. O incluir en sus articulados disposiciones como "todos los ciudadanos tendrán derecho a una vivienda digna", cosas parecidas y otras muchas; porque la imaginación de los políticos a la hora de la carta a los reyes magos es fecundísima.

Ese es un problema que a mí me parece preocupante porque entiendo que la fuerza del derecho es que las normas tengan una fuerza de aplicación positiva. Es verdad que siempre es deseable enunciar algún proyecto hacia el futuro, pero una cosa es ésa y otra es ese maximalismo de incluir una serie de declaraciones, de intenciones que luego no se aplican nunca, ni se pueden aplicar, ni hay la voluntad de desarrollar a través de la legislación ordinaria. Eso no creo que tenga demasiada relación con el sistema electoral porque, en principio, el sistema electoral por su propia naturaleza es de carácter positivo; las reglas electorales son prácticamente derecho positivo aplicable de inmediato. Cabría, a lo mejor también, pensar en alguna tendencia maximalista programática en el campo electoral, pero digamos que es, más bien, en

objetivos de mejora, de bienestar, de participación, etcétera, donde ese tipo de problemas se dan.

Yo espero que la Universidad Autónoma del Estado de México publique ese texto de la intervención mía de ayer sobre esta cuestión, y ahí está desarrollada, con más detalle, dicha situación.

En cuanto a la segunda pregunta, ha habido en las últimas elecciones españolas, municipales y autonómicas, dos candidaturas de llamados subgrupos "Los Verdes". Ustedes saben que el origen de este partido con este nombre fue en Alemania —*del Grunder*— (que en alemán significa verde) y que tenía una participación importante en el Parlamento Federal. Desgraciadamente en nuestro país han obtenido unos resultados que son sin paliativos, hay que decir, catastróficos; la división entre varios grupos, quizá la falta de personas con un prestigio ante la sociedad, en fin, es realmente complejo.

La sensibilidad ante el problema ecológico del ambiente como tal está bastante despierta en España, pero desgraciadamente hasta ahora la expresión política electoral de esa inquietud no se ha dado y las candidaturas que se han presentado en algunas ocasiones no han obtenido, hasta ahora, ni representación parlamentaria, ni representación, por lo menos que tenga alguna significación, en municipios y en comunidades autónomas.

PREGUNTA: Doctor, le felicito porque fue una espléndida conferencia que a los abogados nos hizo recordar nuestros cursos de sociología, de teoría del estado y derecho constitucional y, desde luego, a don Manuel Crescencio Rejón el creador del derecho de amparo, el brillante jurista yucateco. Y mi pregunta es precisamente en este entorno. El control constitucional en España, respecto a garantías individuales. ¿Tiene alguna similitud con el amparo mexicano? Y, por otra parte, ¿el control constitucional en materia electoral qué organismo lo lleva a cabo?

RESPUESTA: Hablar del amparo mexicano al lado de uno de los grandes especialistas en la materia, mi buen amigo José Barragán, es un poco arriesgado; pero hay una diferencia fundamental, no sólo respecto a España sino en general a la regulación del amparo en todos los países iberoamericanos, y es que ustedes incorporan en alguna medida los mecanismos de control de constitucionalidad al amparo, junto a la protección de los derechos y libertades fundamentales. En nuestro caso son dos cauces jurídicos separados. Es decir, el control de constitucionalidad de las leyes o de las normas

en general de cualquier nivel se ejerce ante el Tribunal Constitucional, y se puede ejercer sólo por algunos actores sociales: por ejemplo, el gobierno, los parlamentos autonómicos, 50 diputados como mínimo o 50 senadores y el Defensor del pueblo —me parece que son éstos los que pueden interponer recursos de inconstitucionalidad ante una ley.

Sin embargo, cualquier ciudadano, cualquier persona con una relación con un órgano administrativo o en una relación ante un tribunal o un juez, un órgano jurisdiccional que considere que en esa relación se ha desconocido uno de sus derechos fundamentales, incluso en la Constitución, cuando agota la vía ordinaria administrativa primero y judicial después, puede interponer por sí mismo, ante el Tribunal Constitucional el recurso de amparo para que se le proteja en lo que considera no se le atendió, o se dañó un derecho fundamental en aquella relación con un órgano de la administración pública o con un órgano jurisdiccional. Es decir que como se ve, son dos vías completamente independientes en cierta medida, claro está la protección de un derecho fundamental incluido en la Constitución está englobado la protección general a la Constitución, pero digamos que actúa como una garantía individual el recurso de amparo para los derechos y libertades fundamentales, mientras que el recurso de inconstitucionalidad actúa sobre todo respecto a las disposiciones normativas y sólo pueden ser esgrimidas por determinados grupos de representantes parlamentarios o de órganos constitucionales como los que le he citado.

PREGUNTA: Tomábamos nota de un fenómeno que nosotros podemos calificar de paradójico, porque aun cuando nos resistamos a creerlo eventualmente pudiéramos estar en México, por la reciente reforma constitucional y la reforma ordinaria legal, ante una ausencia de control constitucional en materia electoral, cuando menos en el sentido de la existencia de tribunales constitucionales en este orden.

Porque efectivamente la reforma constitucional establece dos órganos de control, por una parte, en la aplicación de la legislación electoral, el instituto mismo con un consejo que usted ha citado que es el Consejo General, en cuanto a la aplicación y la operación misma del proceso electoral. Y por otro lado, ante la presencia de un tribunal que está definido de pleno derecho y jurisdicción en la Constitución, pero que no se agrupa con los órganos generales

ni los tribunales constitucionales de defensa de la constitucionalidad y de la supremacía de la Constitución.

No desearíamos una respuesta porque nosotros mismos estamos en ese análisis, pero sí queremos apuntar y preguntarle ¿sería ésta una forma de control constitucional por órgano específico, independiente de que estos órganos específicos estén o no enclavados en el grupo de tribunales de control constitucional?

Inclusive y éste es el último apuntamiento, la Ley de amparo ordinaria reglamentaria del artículo 104 constitucional, excluye el ejercicio de la garantía individual en materia procesal para casar la ley o casar el acto. De tal manera que aparentemente hay una paradoja que quizás en teoría se resuelva con el planteamiento del órgano específico de control, pero no hay tribunales constitucionales de control.

Quería apuntarlo y de alguna manera sabemos que lo dejamos sin garantía constitucional de defensa, pero sí, ojalá tuviéramos algún punto de vista.

RESPUESTA: Realmente me interesa mucho recoger todas estas ideas y sugerencias, porque lo que van es a enriquecer las reflexiones sobre el constitucionalismo iberoamericano, que es tan complejo ciertamente y que yo he tenido la pretensión de hacer una panorámica —no llega a 200 páginas—, que es un gran atrevimiento.

Al hilo de lo que usted plantea, precisamente recuerdo que antes no he contestado aún a una última pregunta sobre el control electoral en España. El sistema español se basa en varias juntas electorales provinciales, de circunscripción electoral, y una Junta Electoral Central. Éste es un órgano que se constituye por elección de las cámaras parlamentarias entre juristas de destacado prestigio; magistrados, en fin, hombres del derecho.

Y en cierta medida hay cierto equilibrio, no lo puedo ocultar, de las fuerzas políticas parlamentarias representadas en este órgano pero en cualquier caso, por juristas muy destacados, ya sean de la carrera de magistrados, profesores de derecho o abogados con una experiencia larga.

La Junta Electoral Provincial, en la circunscripción electoral que en España es la provincia, es la que tiene el control del desarrollo electoral, la resolución de los recursos electorales y la proclamación oficial de los resultados; y la Junta Electoral Central es también la que en última instancia puede conciliar recursos contra las resoluciones de las juntas electorales provinciales. Y finalmente,

después de resueltos todos estos recursos o incidencias, expresar la proclamación oficial de los resultados, ya que aunque el Ministerio del Interior o la prensa hagan un adelanto, no son oficiales y por lo tanto válidos hasta que no los proclama la Junta Electoral Central; éste es el verdadero órgano de control electoral.

Respecto a la situación mexicana yo creo que hay una tendencia en el constitucionalismo iberoamericano —y el profesor Fix-Zamudio en algún trabajo lo ha citado— que ha considerado la posibilidad en el futuro de establecer un tribunal constitucional, lo cual sería, claro, un giro importante frente al control difuso de la constitucionalidad, pero la idea de un órgano de concentración y especialización, desde un punto de vista de la técnica del derecho, realmente la experiencia nos dice que es muy eficaz. Y en ese campo me parece —aunque la verdad no conozco aún la normativa y espero poderme reservar algunos elementos de juicio después de este viaje— que el tribunal electoral de ustedes y este propio instituto y su consejo, que es una tendencia también a establecer un órgano específico al servicio del proceso electoral que puede evolucionar hasta convertirse en un verdadero órgano de control constitucional en el campo de las elecciones, como realmente es el papel que ejerce la Junta Electoral Central en el sistema electoral español.

Hasta ahora lo cierto es, que nuestra experiencia de estos trece años de Constitución y de sistema electoral, es que las resoluciones de las juntas electorales provinciales y de la central, han sido acatadas y hay un cierto consenso político de que han sido imparciales y adecuadas, es decir, aunque siempre hay algunas protestas, en realidad hay cierto consenso político en la ecuanimidad y la certeza y precisión de las decisiones que ha tomado.

Entonces, lo que puedo decir en este terreno es que me parece muy pertinente el que ustedes continúen con esos trabajos, tendentes quizás a potenciar la idea de órganos de control concentrado de la constitucionalidad y de los procesos electorales, y creo que, en cierta medida, es un primer paso la existencia de este instituto con su consejo y del propio Tribunal Electoral.

PREGUNTA: Hace poco usted señalaba en su disertación algo que, bueno, es válido para todas las constituciones, la necesidad de ser la ley digamos fundacional y de tener ésta cierta rigidez con respecto a otro tipo de leyes, llamémosle secundarias. Por otro lado, tenemos el problema del derecho que tiene en general cual-

quier pueblo a darse el sistema político que desee mayoritariamente en términos muy generales.

La pregunta sería ¿cómo podríamos nosotros, sobre todo en tiempos como los actuales de cambios tan bruscos y dinámicas sociales tan rápidas, conciliar la necesidad de una ley fundamental de carácter más o menos rígido, con este derecho de los pueblos a transformar su estructura política y en ese sentido a darse, por decirlo así, constituciones de funcionamiento muy breve en función de estos cambios?, ¿cómo podríamos conciliar esta situación?

RESPUESTA: Creo que un factor de estabilidad social y política es que haya un consenso fundamental en las reglas básicas de la convivencia. Diría que los países más estables del mundo son aquellos en los que, esas reglas básicas, nadie las discute. Existe en ellos bastante libertad y, por lo tanto, se puede debatir sobre muchas cosas, pero la coincidencia en que el sistema normativo fundamental es aceptado por la gran mayoría, es un factor de equilibrio, de estabilidad y en consecuencia evita conflictos, en lo que es un elemento de desintegración social y permite una dinámica que puede ser plural, muy variada y rica en otras opciones culturales, ideológicas, de políticas de gobierno contingentes, etcétera.

Creo que los países que están en un profundo desacuerdo sobre sus reglas básicas, son países que están en situación muy difícil, lo cual es un problema realmente muy grave.

Y la expresión jurídica de ese consenso básico, fundamental, legitimador, debe ser la Constitución. Si la Constitución de un país no expresa lo que la gran mayoría del país cree, el procedimiento de elección de los gobernantes, las formas de participación de los ciudadanos, las garantías de los derechos fundamentales, esa Constitución no sirve, ésa será una Constitución semántica o nominal, que está impuesta por la fuerza de un grupo más o menos oligárquico que tiene capacidad de mantenerla en vigor. Pero lo ideal es que la Constitución sea la expresión política de esos valores que hemos dicho democráticos en un sentido amplio, en los cuales haya un acuerdo fundamental de la ciudadanía, que responde también a la idea de la legitimación del poder, de que todos creemos que los que están en el poder, realmente el procedimiento por el que se les ha elegido es correcto, que el sistema de garantías es el válido y que fundamentalmente las reglas, insisto las fundamentales, son compartidas por todos.

Si esto es así, creo que no es necesario reformar muy frecuentemente la Constitución. Ahí tienen ustedes la Constitución inglesa que es, en gran parte, no escrita y lleva varios siglos, o la Constitución estadounidense, que tiene una serie de enmiendas, pero lo cierto es que es hija de una revolución. Y estaremos de acuerdo o no con los gringos, pero ellos sí creen en su sistema, lo cual es evidente. La gran mayoría de la población cree en ese modelo y ésa es parte de su fuerza, de que es un pueblo que coincide en una gran fe, por lo menos una gran mayoría, en el sistema de vida, en el sistema político y en el sistema ideológico sobre el que está funcionando.

Por otra parte, la rigidez constitucional no quiere decir la irreformabilidad de las constituciones, lo único que quiere decir, es que se establecen cláusulas por las cuales el procedimiento de reforma es especial, es distinto a la reforma de una ley ordinaria: pero que si en un momento determinado hay un gran acuerdo nacional sobre que se ha de establecer una reforma, la expresión de ese acuerdo nacional o la expresión de una mayoría significativa permitirá el procedimiento especial de reforma constitucional y ello será no sólo correcto, sino incluso conveniente. Porque esa reforma constitucional, con ese respaldo mayoritario expresará una modificación de la legitimidad fundamental o del consenso fundamental.

Es decir, la rigidez constitucional lo único que dice es que hay una estabilidad en las reglas fundamentales y que a la hora de cambiar esas reglas debiéramos de pensarlo un poco, por lo menos poder detectar jurídicamente si realmente son los que más chillan o los que más vociferan los que tienen la razón y que hay que cambiar, sino que es una expresión consciente, responsable y voluntaria de una gran mayoría nacional. Y eso exige unas reglas de quórum, de participación, de mayorías cualificadas que a través de los sistemas de reforma constitucional así lo pueden verificar, pero no impide en absoluto, si esa mayoría se detecta, el que la reforma constitucional se realice.

PREGUNTA: Me permito insistir sobre este tema. Creo que la experiencia ha demostrado que siempre se llega a dar una distancia entre el hecho y el derecho, una distancia que muchas veces la reforma constitucional trata de enmendar o de solucionar. Hay una dinámica muy grande en el desarrollo de las sociedades y que

en ocasiones el derecho no responde a lo que está sucediendo en la realidad, entonces hay una falta de legitimidad en la Constitución.

Preguntaría, trayendo también el tema del tribunal constitucional, si ¿ante esta necesidad de la sociedad en su desarrollo constante por alcanzar esa legitimidad, ese deber ser, a través de la legalidad, si el tribunal constitucional o el llegar a un tribunal constitucional no crearía una especie de candado para ese desarrollo de las sociedades en busca de legitimidad?

RESPUESTA: Sí, es un tema muy interesante el que usted plantea. Creo que en general el derecho tiene que ir un poco por detrás de la dinámica social, porque la evolución de las sociedades es algo muy fluctuante y, además, habría que saber si una posición coyuntural de una sociedad determinada expresa realmente el consenso fundamental de esa sociedad, digamos en la medida de un periodo histórico.

Entonces si el derecho fuera una simple caja de resonancia que estuviera como una especie "sonar" constantemente cambiando por cada movimiento social que se produjera, sería una situación caótica. Es decir, el derecho debe ser más prudente, más estable y más moderado en sus mutaciones y en sus transformaciones, y ver en un periodo un poco más amplio, ese zig-zag de los movimientos sociales. ¿Cuál es el punto de gravedad, el punto de equilibrio realmente del consenso social? Por descontado, cuando es evidente que hay una transformación de ese consenso, no tener ningún miedo ni ningún inconveniente en producir una reforma jurídica o una reforma constitucional, pero es lógico que la reforma del derecho, las reformas constitucionales siempre vayan un poco más despacio, o un poco detrás de la propia dinámica social, y eso creo que no debe asustarnos, y hasta cierto punto creo que es también un factor de estabilidad de los sistemas institucionales, que es deseable.

Ahora, lo que en absoluto implica la existencia de un tribunal constitucional, es una imposibilidad de reforma constitucional, porque el tribunal constitucional lo único que hace es controlar la constitucionalidad de los actos políticos o de las disposiciones normativas, en relación con la Constitución que está vigente, que está en vigor y, en absoluto, el tribunal constitucional puede decir que esa Constitución debería cambiarse o modificarse, porque esa no es su competencia. Es el órgano legislativo o parlamento, que normalmente tiene la capacidad de reforma constitucional, o una

asamblea constituyente y con poderes extraordinarios —ahora estamos viendo el caso colombiano—, el que decide esa reforma constitucional y se aprueba por los procedimientos que la propia Constitución establece. Al día siguiente de entrar en vigor la nueva Constitución o la reforma constitucional, el tribunal constitucional lo que tendrá que controlar es la concordancia entre las normas legales y la nueva Constitución aprobada, pero no puede decir si le gustaba más la anterior o la nueva, porque esa no es su competencia.

Es decir, que el tribunal constitucional, haciendo cumplir la Constitución en vigor, da una estabilidad al sistema, pero en absoluto impide que por un cauce que es completamente ajeno al del tribunal constitucional, se produzca la reforma constitucional más radical y más profunda.

PREGUNTA: Retomando el concepto de maximalismo programático que es, en mucho, casi exclusivo de los países en vías de desarrollo ¿cuál sería la transición dentro de estricto derecho para poder llegar a un régimen de Estado constitucional, partiendo desde luego sobre la base de que se da el Estado de democracia, y si éste no tiene su relación con los aspectos económicos y sociales de cada país? Considero que en algunos casos es este tipo de enunciados que mencionaba hace un momento referente a estos países en vías de desarrollo, muchos de éstos son producto completamente de la necesidad social y de la situación económica que impera en el país relativo.

Por consiguiente, una transición, tal vez a un Estado constitucional por la vía exclusivamente del derecho podría traer consecuencias también dentro del aspecto social y económico, ¿en qué medida debe el cambio de derecho estar sujeto al cambio social, a un cambio económico —que ya usted mencionó hace un momento— y en qué medida debe dejarse también la primacía —en este caso— de las situaciones económicas y sociales sobre los cambios de derecho en el aspecto constitucional?

RESPUESTA: En su planteamiento hay una variedad de cuestiones que son todas ellas muy interesantes.

Primero, desde un punto de vista estadístico, puedo decirle —porque he tomado el tiempo de comprobarlo— que aunque es un fenómeno general, lo cierto es que el maximalismo programático se da sobre todo en las constituciones de los países en vías de desarrollo, ¿cuál es la hipótesis de explicación de esto? Pues con estas normas pretenden los constituyentes o los políticos, ejer-

cer un papel de integración social, si quiere usted un papel de mito político, es decir, que en torno a la esperanza de esa transformación, de ese cambio mejorativo, el pueblo, la gente se integre y apoye al gobierno y apoye a su Constitución o a su ley fundamental.

Y lógicamente a veces también cuando las situaciones reales económicas y sociales son muy penosas, hay que por lo menos levantar esa esperanza de que se van a mejorar en el futuro, ese papel de mito político, de factor de integración y de esperanza es el que se pretende que desempeñen esas normas programáticas y desde un punto de vista político posiblemente tienen algún sentido; lo que es penoso es cuando se elaboran de tal forma que no se pretende en absoluto, ni escalonadamente, ni en un plazo relativamente amplio, emplear un proceso de desarrollo y de aplicación, sino que quedan ahí incluidas en la Constitución, sin ningún tipo de virtualidad.

El derecho no puede resolverlo todo, porque también hay decisiones políticas de tomar objetivos prioritarios o de decidir prioridades en función de los recursos escasos, que son actos políticos, no son actos jurídicos, y eso es una responsabilidad del gobierno y de los gobiernos o de los políticos hacia la opinión pública de sus países; ante recursos escasos yo decido qué hago: escuelas, hospitales, o carreteras. Eso no puede estar controlado constitucional ni jurídicamente, porque eso es un acto político puro, en función de un programa de gobierno, un programa electoral y sólo la opinión pública es la que lo sancionará en función del respaldo político que a ese programa otorgue.

Lo que sí que es un problema, y en algunos países precisamente europeos se ha discutido bastante, es si a través del control de constitucionalidad, por órganos jurisdiccionales, se podía incidir en decisiones que son de política del ejecutivo, por ejemplo, en un campo tan sensible como es el contenido material de los derechos y libertades sociales. Nos referimos antes a esa norma programática, "todos los ciudadanos tendrán derecho a una vivienda digna". Claro está eso implica una política económica, una utilización de recursos de la ley general presupuestaria y tomar unas opciones de política de gobierno.

Si un órgano judicial, a través del control de constitucionalidad quisiera responder a una demanda de un ciudadano que dijera, oiga, ¿dónde está mi vivienda digna que dice la Constitución?,

entonces ese órgano de control de constitucionalidad tendría que incidir en la ley presupuestaria y en la política de gobierno, en la política económica que es una parcela del ejecutivo, e implicaría una confusión de poderes.

Es decir que también el control de constitucionalidad ha de tener claro límite del alcance para que no se produzca esa confusión de poderes. Se me ocurre pensar en un caso de jurisprudencia del tribunal constitucional de la República Federal de Alemania, que despertó una gran polémica en Alemania, y estaban sobre todo, debatiéndose las medidas ecológicas y de medio ambiente en los *Länder* o los estados federados alemanes, si era posible a través del control de constitucionalidad aplicar decisiones que afectaran al presupuesto de estos estados en política de medio ambiente. Ése era el gran problema de la República Federal de Alemania, porque el Estado social de derecho alemán contiene ya un desarrollo de tal magnitud que otros muchos problemas los tiene resueltos. Desgraciadamente en otros países como los de América Latina, hay problemas muchísimo más graves aún y de injusticia notoria, en donde posiblemente ese contenido material de los derechos sociales y económicos, afectan a problemas mucho más vitales, de acuerdo con la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales. Sería más discutible si es o no posible que un órgano jurisdiccional infiriera en él, pero en cualquier caso, es evidente que el derecho debe detenerse ahí donde el acto discrecional político, que sólo puede ser sancionado por la opinión pública a través del respaldo electoral.

PREGUNTA: Mencionó una institución jurídica que el derecho mexicano no contempla que es el Defensor del pueblo, no sé si se parezca en algo a nuestra Comisión Nacional de Derechos Humanos.

RESPUESTA: El Defensor del pueblo es muy parecido a la institución del *ombudsman* sueco, que en otros países escandinavos se ha reproducido. El Defensor del pueblo en el caso español, es un comisionado de las Cortes generales, el Parlamento, ambas cámaras. Es elegido por una mayoría cualificada de tres cuartas partes de los parlamentarios, por lo cual necesariamente tiene que haber un consenso entre distintas fuerzas parlamentarias para que sea una figura apoyada no sólo por un partido o un grupo parlamentario, sino por varios e incluso por la gran mayoría.

Una vez elegido tiene también carácter de inviolabilidad e inmunidad como la de cualquier parlamentario. Tiene una oficina de apoyo por medio de la cual puede intervenir ante cualquier autoridad administrativa o judicial para solicitar informaciones, o incluso pedirle al fiscal federal del Estado que intervenga si hay una presunción de delito.

Por otra parte, él mismo es el único de los órganos constitucionales que está doblemente legitimado para interponer recursos de amparo y recursos de inconstitucionalidad contra cualquier norma ante el Tribunal Constitucional. Es elegido por un periodo de cuatro años, pudiendo ser reelegido por la misma mayoría en las Cortes generales. Tiene que hacer anualmente informes a las cámaras, pero no está sometido a la aprobación de dichas Cortes salvo para el presupuesto y otros aspectos excepcionales. Sólo por la misma mayoría calificada puede ser destituido por las propias Cortes generales.

Es decir, el Defensor del pueblo es un órgano constitucional con un papel propio, importante en el sistema español; también es un órgano de control de constitucionalidad y de garantía de los derechos y libertades fundamentales.

Creo que el caso de la Comisión de Derechos Humanos en México, de cuya creación me felicito, además porque la preside el gran amigo Jorge Carpizo, al menos su estatuto legal no es lo mismo. Es una creación que procede más de la Presidencia de la República y no tiene las competencias tan amplias que tiene el Defensor del pueblo. Pero, también por lo menos por lo que sé, parece que hubiera una tendencia expansiva de esa comisión y creo que sería algo muy importante el que esa tendencia pudiera tener un reflejo legal, una cierta homologación o asimilación a un papel semejante al que tiene el Defensor del pueblo en nuestra Constitución.

PREGUNTA: Dentro de la idea de Heller, de que una buena ley incorpora una buena cantidad de realidad, yo quisiera preguntarle --y discúlpeme usted, si esto es un poco delicado-- para mí, España representa la gran lucha del siglo xx por la Constitución y por la democracia, baste recordar la Constitución de 1931, la Guerra Civil de 1936-1939 y los largos años del franquismo, ahí es donde digo que puede ser un poco delicado. Quisiera que usted me pudiera dar su opinión, si la Constitución vigente incorpora los valores que hoy han sido tema de su brillante plática, de la supremacía de la

Constitución y el valor de la democracia, y si esta Constitución es la que la mayoría de los españoles desean, si es la que se ha vuelto la regla fundamental de vida de los españoles.

RESPUESTA: Es difícil contestar de manera rotunda con un monosílabo a su pregunta, porque creo que en general en ningún país se da esta situación ideal de una Constitución absolutamente normativa, que sea como una especie de guante adaptado al sistema social del país. Hay una aproximación, pero hay también algunas contradicciones y algunos incumplimientos.

Lo que sí le puedo decir, es que el origen histórico de la Constitución española de 1978, supuso primero que en el Parlamento, tras las primeras elecciones democráticas de junio de 1977 en donde participaron todas las fuerzas políticas, se creó una comisión, una ponencia constitucional, en la cual estaban representados desde el Partido Comunista, el Partido Socialista, la Unión de Centro Democrático (que entonces gobernaba), el partido de las minorías catalanas y el partido de la derecha que entonces se llamaba Alianza Popular. Con problemas y con conflictos, y con realmente bastantes avatares, lo cierto es que al final el proyecto constitucional fue respaldado por abrumadora mayoría de los parlamentarios de todas las fuerzas políticas, alcanzando el 90 y tantos por ciento de votos, y luego sometido a referéndum popular el 6 de diciembre de 1978, con una participación muy alta (entre el 77 y 78% del cuerpo electoral) y dentro de esa participación con el apoyo por el sí, del ochenta y tantos por ciento de los votantes.

En fin, la legitimidad democrática en el procedimiento de elaboración parlamentaria y en el referendo popular a la misma es incuestionable. Que hay un consenso general de la gran mayoría en aceptarla como ley de leyes, creo que también es así, pero voy a meterme en aguas un poco más movedizas.

Como toda ley de consenso entre posiciones ideológicas y políticas muy diversas, el acuerdo de esta ley se tuvo que hacer por concesiones mutuas, y entonces esta misma Constitución es susceptible de varias lecturas. Se encuentran una serie de disposiciones y de artículos que permitirían, si hubiera la decisión política de un gobierno sin salirse de la Constitución, hacer un programa de transformación social radical. Por ejemplo se dice que el Estado y el gobierno facilitará el acceso de los trabajadores al control y la propiedad de los medios de producción, una disposición de una constitución socialista, incluso ya un poco transnochada. Esto está

en la Constitución española vigente. Pero al mismo tiempo, consagra la economía de mercado y la libre iniciativa.

Entonces, bajo esa misma Constitución de consenso, caben distintas interpretaciones en cuanto a su desarrollo y operatividad, pues lógicamente en eso ya puede haber personas que les parezca mejor o peor la política que se aplica dentro de ese marco constitucional, pero me parece que, excepto sectores minoritarios (y no hay por qué ocultar que aún hay graves problemas de terrorismo en el País Vasco español, pero que es la acción de minorías, pero por minorías que sean no deja de ser un problema muy serio y grave), creo que la gran mayoría de la población acepta la legitimidad de este texto fundamental, como ley fundamental de los españoles. Además, es el que ha permitido esa operación que es casi mágica, que un pueblo que ha sido tan cainita como el español y tan dado a tirarse a la yugular del prójimo, ha hecho la transición de un régimen autoritario a una democracia con el menor coste posible y, prácticamente, integrando a la gente más contradictoria dentro del mismo espacio democrático.

PREGUNTA: ¿Cuál es la viabilidad en la región vasca de darse una Constitución?

RESPUESTA: Actualmente en España, la totalidad del territorio está dividido en 17 comunidades autónomas, algunas de ellas, como es precisamente el País Vasco, tienen una transferencia de competencias, las más amplias posibles, en orden de regular prácticamente la sanidad, la comunicación, las obras públicas, la educación, etcétera, y la transferencia de recursos financieros que es lo importante. No sólo tienen competencias teóricas, sino prácticas, incluso las propias comunidades autónomas tienen la capacidad de pedir empréstitos en el extranjero.

Es decir, el Estado autonómico español es mucho más descentralizado y desconcentrado que muchos estados federales del mundo en este momento, y el estatuto de autonomía, que es como se llama lo que podríamos decir la Constitución del País Vasco, lógicamente tiene que estar en el marco de la Constitución general del país, pero ello implica que tiene su propio Parlamento, que el gobierno de esa comunidad se forma, porque es un régimen parlamentario, por quienes tienen el respaldo de la mayoría del Parlamento vasco. Ahora es un gobierno de coalición, porque ningún partido tiene la mayoría absoluta. Todavía hay discusión sobre si

se debería o no transferir otras competencias a las comunidades autónomas.

El sistema español, es decir, la Constitución, permite incluso que se pudieran transferir aquellas competencias que se anuncian como exclusivas del Estado. Al menos desde el punto de vista jurídico, el Estado central podría desnudarse absolutamente de todas sus competencias y transferirlas a las comunidades autónomas.

Sólo recuerdo un modelo semejante al español y es el Tratado de la Unión Soviética, es decir, en donde es posible esa total transferencia de competencias. No conozco otro caso en el mundo en donde sea tan amplia y extensa la capacidad de transferencias. De hecho se han constituido ya por ejemplo las policías autonómicas con independencia de los órganos de las fuerzas del orden público de tipo central.

Lo cierto —y es también un dato sociológico electoral fundamental—, es que el respaldo a las fuerzas que están en el Parlamento vasco que aceptan con matices —porque hay grupos nacionalistas y otros no nacionalistas como el Partido Socialista o el Partido Popular, pero que aceptan ese consenso fundamental sobre el sistema autonómico—, representan el 80 o 85% del cuerpo electoral vasco. El voto que aún se da, y resulta significativo que está respaldando en alguna medida a lo que se llaman posturas nacionalistas independentistas, corresponde de un 12, a un 15%, con mucho a un 20% del cuerpo electoral.

Lo que ocurre, y esto es lo más dramático, es que hay un fenómeno de organización terrorista que intenta defender una conexión de ideología nacionalista y al mismo tiempo marxistaleninista, en función de una insurrección armada. Esto es un callejón sin salida, porque aun cuando esta posición no tiene la capacidad militar de conseguirlo, sí tiene la capacidad de darle a un señor un tiro en la nuca, lo cual está al alcance de cualquier miserable. Ése es el problema y sobre todo porque todavía hay cierto respaldo social a estas posiciones. Esto es evidente, si no existiera ese 12 o 13% de respaldo social, el problema hubiera desaparecido hace mucho tiempo.

Conferencia impartida el 18 de junio de 1991, en la Sala del Consejo del Instituto Federal Electoral, México, D. F.

III. LAS NORMAS CONSTITUCIONALES DE CARÁCTER PROGRAMÁTICO Y LOS PROCEDIMIENTOS PARA CONSEGUIR SU EFICACIA

(Especial referencia a la situación de los países de América Latina)

SUMARIO: 1. *Introducción*; 2. *El problema de las normas constitucionales programáticas*; 3. *La innovación radical del mandato de injunção*; 4. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

Es una satisfacción impartir la primera conferencia de las actividades programadas para profesores invitados del exterior —ya que no me considero extranjero en México— del nuevo Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma del Estado de México, en Toluca.

En esta ocasión he querido traer unas reflexiones sobre un problema que es bastante universal, pero que afecta especialmente a los países en vías de desarrollo: el abuso de las declaraciones de intenciones, de los grandes objetivos generales de mejora de la sociedad que se incluyen en las nuevas constituciones o en las reformas constitucionales, pero que en la mayoría de los casos quedan ahí como declaraciones retóricas sin que tengan fuerza ejecutiva, ni carácter de derecho positivo exigible y aplicable.

Ante esta situación quiero comentarles algunos problemas suscitados por estas normas llamadas de carácter programático y algunos procedimientos para alcanzar su efectividad jurídica, es decir, su fuerza ejecutiva en el derecho positivo. Y especialmente quisiera referirme a la forma de proyectarse estos procedimientos de los países iberoamericanos, entre los cuales, además, ha surgido la garantía constitucional más innovadora para la protección de los derechos y libertades precisamente en cuanto que la indefensión

de éstos fuera consecuencia de la falta de desarrollo normativo de disposiciones constitucionales. Me refiero al *mandato de injunção* de la Constitución brasileña de 1988, del que trataremos detalladamente más adelante.

2. EL PROBLEMA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES PROGRAMÁTICAS

Existe en el constitucionalismo moderno la tendencia a incorporar a los textos de las constituciones —nuevas o reformadas— una gran cantidad de declaraciones de carácter genérico, que implican vastos objetivos cuyas metas aún no han sido alcanzadas, o normas de protección hacia grupos minoritarios, marginales, que han sufrido una desigualdad histórica.

Este fenómeno es universal, pero más acentuado en los países del Tercer Mundo, como si se quisiera compensar las insuficiencias y las injusticias de las estructuras sociales por las promesas constitucionales más generosas, que garantizan futuras sociedades en las que serán alcanzados los más altos niveles de justicia y de libertad.

Tales normas programáticas pretenden realizar una función de mito político para crear una esperanza de mejoría que sea factor de estabilidad.

Este fenómeno —que hemos definido como “maximalismo programático”— está en contraste con el sistema institucional establecido por las mismas constituciones, que permite difícilmente el desarrollo y la realización de las normas programáticas, y actúa en numerosos casos, como un auténtico freno.¹

Estas normas son es general consideradas como un mandato dado al legislador ordinario que debe elaborar las leyes de desarrollo y de aplicación de estos preceptos. En consecuencia, no presentan los caracteres de imperatividad y de ejecución inmediata, coherentes con la doctrina de la supremacía de la Constitución.

El control judicial de la Constitución se encuentra dificultado por esta condición jurídica, ya que, como lo ha indicado Christian Starck, “se encuentran en numerosas constituciones fines generales

¹ Colomer Viadel, Antonio. “La valeur du fait constitutionnel dans les Etats ibero-américains”, *La Suprématie de la Constitution* (Recueil des Cours, Académie Internationale de Droit Constitutionnel), Casablanca,, Les Editions Toubkal, 1987, (vol. I) p. 270. Sobre la contradicción con las instituciones y el carácter de éstas como freno para el desarrollo, véase Brewer-Carías, Allan, *Cambio político y reforma del Estado en Venezuela*, Madrid, Ed. Tecnos, 1975.

y promesas que no son aptas a ser utilizadas como medida para un control de las leyes”.

La Constitución —añade Starck— como medida jurídica para un Tribunal Constitucional que ejerce un control de las normas, exige una alta dosis de positividad y de claridad así como una interpretación disciplinada y comedida por parte del Tribunal Constitucional.

[...] Una fuerte ‘juridificación’ de la Constitución está incontestablemente ligada al establecimiento del control de constitucionalidad de las leyes. Este se encuentra en oposición con el carácter programático de la Constitución, que tiene por objetivo integrar al pueblo del Estado antes que dar las instrucciones obligatorias a los órganos del Estado. Aprovechando esta función de integración, los políticos llegan a sobrecargar la Constitución con buenas palabras y preceptos programáticos, con la esperanza de que ello podría ser útil para resolver los difíciles problemas de la sociedad.

Estas normas podrían aumentar considerablemente el poder de los jueces y de los tribunales constitucionales, si se pretendiera, a través de ellas, ejercer un control rígido sobre el legislador y sobre su acción futura condicionada por esta dependencia constitucional.

El profesor Starck se pregunta más adelante si las condiciones materiales de la libertad deben estar garantizadas por el Estado.

Con este fin, se reclaman derechos sociales o bien, por vía de la interpretación, se deducen, a partir de los derechos fundamentales, pretensiones positivas del ciudadano a prestaciones del Estado. Si la Corte Constitucional dedujera, a partir de los derechos fundamentales, tales pretensiones por la vía de la interpretación, adquiriría una influencia sobre el presupuesto y sus prioridades. Como consecuencia casi toda la política presupuestaria sería establecida constitucionalmente.²

Pone así en evidencia el peligro de aumento desmedido de las competencias del Tribunal Constitucional, concluyendo su interesante conferencia con la afirmación siguiente:

una primacía efectiva de la Constitución es un hecho jurídico que debe quedar unido a la distribución de las funciones estatales entre

² Starck, Christian, “La Suprématie de la Constitution”, en el libro citado del mismo título, pp. 45-48 y notas 100 a 116.

el Parlamento y el Ejecutivo de una parte, entre el Parlamento y la jurisdicción, de otra. Las reglas de la interpretación jurídica no deben ser utilizadas fuera de este reparto de funciones.

No debemos olvidar que el análisis del profesor de Göttingen —jurídicamente riguroso y preciso—, ha sido realizado en un país altamente desarrollado —la República Federal de Alemania—, que posee un Estado social de derecho eficaz y donde uno de los problemas fundamentales en esta materia se manifiesta en [...] “la discusión actual [...] en relación con la incorporación, en las Constituciones de los *Länder*, de artículos concernientes a la protección del medio ambiente”.

Es cierto que, en numerosos países en vía de desarrollo, las constituciones contienen normas programáticas progresistas refiriéndose a los derechos fundamentales y al bienestar de los ciudadanos mientras que permanecen injusticias y desigualdades profundas en lo que concierne a la educación, la salud, la seguridad social, el acceso a la justicia, etcétera. Paradójicamente, se alega que estas normas no son exigibles ya que no son ejecutivas, mientras no hayan alcanzado su desarrollo reglamentario.

Debemos preguntarnos si la permanencia indefinida del carácter programático de ciertas normas constitucionales son jurídica y políticamente admisibles. Y si la inobservancia indefinida del mandato constitucional, que provoca la invalidez jurídica positiva de estas normas, no tiene límites ni consecuencias jurídicas y políticas.

Pensamos que todas las normas constitucionales —incluso las normas programáticas— tienen un potencial de desarrollo que implica un mandato dirigido al legislador ordinario, condicionado por la oportunidad política en ciertos casos, pero no por el olvido forzoso. Si un cambio profundo de circunstancias inutilizara tales normas, deberían ser eliminadas o modificadas por una reforma constitucional.

De todas maneras consideramos que procedimientos políticos y jurídicos pueden ser establecidos para saber si las acciones que permitirán la vida práctica de los preceptos programáticos, han sido realizadas.

Las normas de esta naturaleza, que se refieren a los derechos fundamentales y a sus garantías, deben ser directamente ejecutivas, siendo inadmisibile la excusa de la falta de desarrollo normativo,

si la no aplicación práctica de estas normas afectara la estructura misma del Estado de derecho, democrático y constitucional.³

En bastantes de las recientes constituciones de las provincias de la República Argentina —aprobadas en medio de la euforia de la democracia recobrada—, se incluyen preámbulos que contienen disposiciones programáticas ambiciosas y amplias: “democracia participativa”, “democracia social como estilo de vida”, “dignidad creadora del trabajo”, “la participación de todos en el disfrute de la riqueza”, etcétera.

Debemos destacar que el legislador constituyente ha querido eludir el simple carácter programático de estas declaraciones y en el articulado de algunas de estas constituciones ha fijado que: “el preámbulo no es una mera enunciación de principios, sino fuente interpretativa y de orientación para establecer el alcance, significado y finalidad de las cláusulas de la presente Constitución” (artículo 5º de la Constitución de La Rioja).

Esta tendencia a la aplicabilidad de tales disposiciones viene reforzada por la inclusión de contenidos jurídicos similares en el texto articulado que, en algún caso, llega a redactar en presente el mandato a los poderes públicos del cumplimiento de determinados derechos sociales (“los poderes públicos facilitan el acceso de los sectores de menores ingresos a una vivienda digna [...]” artículo 36º de la Constitución de Salta), y también por el sistemático reconocimiento de la doctrina de los derechos implícitos.

Así mismo, en estas constituciones se establece un control de la constitucionalidad de las leyes, decretos y ordenanzas, por los jueces, e incluso en algún caso llega a establecerse la acción popular de inconstitucionalidad (artículo 89º de la Constitución de Salta).

Al servicio de la supremacía constitucional se concede una amplia capacidad de control a los jueces que lleva a la aplicación de derecho a ser, en primer lugar, un medio de verificar la constitucionalidad de las normas y, además, a interpretar la ley o doctrina legal “con un criterio jurídico de actualidad, de modo que en su aplicación importe la realización de la justicia” (artículo 132º de la Constitución de La Rioja).⁴

³ Colomer Viadel, Antonio, *op. cit.*, *Supra* nota I, véase también, del autor, *Introducción al constitucionalismo iberoamericano*, Madrid, Ed. Cultura Hispánica, 1990.

⁴ Entre las Constituciones de referencia podemos citar las de Salta (*Boletín Oficial* de la Provincia del 16-6-1986 [anexo]); Santiago del Estero (*Boletín Oficial* del 21-3-86 y 14-5-86); San Juan (*Boletín Oficial* del 7-5-86) y La Rioja (*Boletín*

Estas normas suponen un giro innovador sobre la vigencia de los principios programáticos, pero supeditada la ejecutoriedad a la interpretación jurisdiccional. Y ello plantea un problema de seguridad jurídica ante la dificultad de discernir el alcance práctico de afirmaciones constitucionales excesivamente genéricas o de interferir, en el caso de algunos derechos socioeconómicos más concretos, en decisiones de política social y económica —y sus reflejos presupuestarios— propias de los poderes legislativos o ejecutivos.

A. Procedimientos para el control del desarrollo y de la aplicación de las normas programáticas

Existen diversos procedimientos jurídicos y políticos que pueden ser empleados para obtener la aplicación práctica de estas normas o el control sobre las causas de su no reglamentación.

a) Leyes internacionales y su valor en los sistemas jurídicos nacionales

La inmensa mayoría de países de la comunidad internacional pertenecen a las Naciones Unidas y a los organismos que dependen de éstas; OIT, UNESCO, FAO, etcétera, han ratificado conven-

Oficial del 5-9-86, suplemento). Al parecer este movimiento de revisión constitución es más amplio y pudiera generalizarse en las provincias federadas.

En cuanto al valor jurídico del preámbulo el artículo 9 de Salta es similar al citado de la Constitución de La Rioja.

Los artículos 50 de La Rioja, 12 de San Juan, 38 de Santiago del Estero recogen la doctrina por la cual ningún derecho, libertades o garantías de las establecidas en las Constituciones puede entenderse como negación de otros derechos, libertades y garantías no enumeradas.

Quisiera llamar la atención del peligro de ambigüedad no ya sólo jurídica para la interpretación y aplicación jurisdiccional, sino incluso en el lenguaje social de expresiones genéricas como: "esta Constitución promueve la democracia social de derecho, basada en el trabajo de personas libres, iguales y solidarias" (artículos 1, 3 de la Salta). "La actividad económica de la Provincia estará al servicio del hombre y de la sociedad y será organizada conforme a los principios de la economía social. Responderá a una planificación integral y democrática (artículo 46 de la Constitución de Santiago del Estero).

La aplicación de los principios programáticos debiera realizarse por textos articulados de desarrollo que incluyeran una meditada aplicación de los medios necesarios y a la vez evitara conflictos de competencias entre los poderes constitucionales.

Distinto es nuestro criterio —ya señalado— sobre la aplicabilidad de aquellos derechos que afectan al fundamento del Estado de derecho.

ciones y pactos internacionales o regionales en materia de derechos humanos: Carta de la ONU y su Declaración de los derechos del hombre, Pacto internacional de los derechos civiles y políticos, Pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, Convención americana de los derechos humanos, Convenciones europeas de derechos humanos, y de derechos sociales y económicos, etcétera.

La ratificación de estas disposiciones internacionales por los Estados convierte a éstas en leyes internas de cada Estado y en consecuencia, pueden y deben ser consideradas como el desarrollo de las normas programáticas correspondientes que serían por tanto exigibles y sometidas al control judicial de constitucionalidad y de protección de los derechos fundamentales.

En ciertos países la jurisprudencia ha aceptado esta interpretación. Es el caso de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, a partir de la ratificación de estas convenciones y pactos en 1977.⁵

Para que este procedimiento sea eficaz, esta interpretación debería ser exigida por la comunidad internacional, en general, en todos los países.

b) Plazo determinado para el desarrollo o la abrogación de estas normas

Las constituciones deberían incluir, en sus disposiciones transitorias, uno o varios plazos para elaborar las leyes que reglamentasen estas normas. Una vez vencidos estos plazos, se produciría la aplicación automática y directa de las normas no desarrolladas —así como su control judicial—, o la derogación expresa por el Legislativo por causas razonadas y públicas.

c) Intervención popular por vía jurídico-constitucional

Reconocimiento del derecho de petición: dirigido por los ciudadanos a los poderes Ejecutivo y Legislativo —una vez pasado un plazo determinado desde la aprobación de la Constitución— solicitando la reglamentación y la vigencia positiva en ciertos artículos de carácter programático. Estos poderes públicos deberían justificar la no aprobación de las leyes que reglamentan estas disposiciones y señalar las prioridades futuras del desarrollo constitucional.

⁵ Brewer-Carías, Alan, *Instituciones políticas y constitucionales*, Caracas, 1985, t. II, pp. 552 y ss.

Reconocimiento de la iniciativa popular legislativa —a partir de un plazo semejante al precedente— para hacer proposiciones de ley sobre la reglamentación de estas normas y/o reconocimiento de la iniciativa popular para proponer la organización de un referéndum sobre idénticas medidas.

d) Procedimientos políticos y electorales

En periodo electoral, los ciudadanos deberían forzar a los partidos políticos y a los candidatos a pronunciarse públicamente sobre el desarrollo de las normas programáticas sobre las prioridades y los plazos.

De esta manera, asumirán un compromiso político, particularmente importante en lo que concierne al grupo triunfante en las elecciones.

B. *La intervención de los jueces y la aplicación directa de normas programáticas*

En ciertos países la injusticia que supondría la ausencia de protección de algunos derechos fundamentales, debida a la inexistencia, o a la insuficiencia de desarrollo, de ciertas normas de la Constitución, hace decisivo el procedimiento del Poder Judicial y de sus órganos que asumen en general una interpretación de equidad para aplicar estas normas al servicio de la dignidad de la persona y del interés general del pueblo.⁶

Existen dos casos especialmente significativos a este respecto: Argentina y Venezuela, los dos en relación con la regulación constitucional del procedimiento específico de protección de los derechos, en los países iberoamericanos: el amparo.

La Corte Suprema de Justicia argentina, por decisión del 27 de diciembre de 1957 que resolvía el caso Ángel Siri, a propósito del cierre del local del periódico *Mercedes*, estableció —después de no haber reconocido el amparo durante casi 100 años, a causa de la inexistencia de la ley ordinaria—, la doctrina siguiente: La garantía constitucional invocada debe ser restablecida por el Poder Judicial en su integridad, “sin que se pueda alegar inexistencia de una ley que reglamente esta garantía: por cuanto las garantías

⁶ Véase del autor, *op. cit.*, pp. 271-2.

individuales existen y protegen a los individuos por el sólo hecho de ser consagradas por la Constitución, e independientemente de las leyes reglamentarias". Esta doctrina fue ampliada por la misma Corte en el caso Samuel Kot —el 5 de diciembre de 1958— incorporando el amparo frente a los actos de los particulares.⁷

En la Constitución de Venezuela de 1961, el amparo estaba reconocido —artículo 49—, pero la Corte Suprema de Justicia definiría esta norma como programática, dirigida al legislador ordinario, que debía aprobar la ley correspondiente para que este amparo fuese aplicable por los jueces.

A partir de 1982 la jurisprudencia venezolana empieza a modificarse en esta materia. Con ocasión de un recurso de amparo respecto al derecho constitucional a la educación, el Cuarto Tribunal de Primera Instancia de Derecho Civil, del Distrito Federal, ha reconocido su propia competencia ya que el mandato constitucional está dirigido a cualquier juez, "el cual, so pena de ser acusado del delito de denegación de justicia, debe considerar la solicitud de 'amparo'".

Considerar —añade el Tribunal— que el Constituyente ha creado, a través del artículo 49 de la Constitución, una norma o principio solamente programático y que, durante los 21 años que esta Constitución ha estado en vigor una ley que desarrolle y haga posible la aplicación de este recurso no ha podido ser promulgada, sería admitir que la demagogia ha alcanzado, a este respecto, unos niveles sublimes, inauditos, lo cual sería absurdo.

Con ocasión de una reciente petición de amparo —1983— el candidato a la presidencia de la República, Andrés Velázquez, se dirigía a la Corte Suprema de Justicia, solicitando la protección del alto tribunal, a causa de las discriminaciones electorales de las que había sido objeto. Aunque el amparo fue rechazado, una jurisprudencia valiosa fue establecida en las consideraciones que introducen el acuerdo de la Corte:

el fundamento decisivo del artículo constitucional mencionado, es mantener la integridad de los derechos del hombre [...] ya que, la diferencia que se ha pretendido establecer entre derechos y garan-

⁷ Linares Quintana, Segundo, *Acción de Amparo*, Buenos Aires, 1960, pp. 21-2; Lozada, Salvador Ma., *Derecho constitucional argentino. Según el método de casos*, Buenos Aires, 1972.

tías es inadmisibles ya que con ver a éstos en simples declaraciones retóricas sin contenido real. Los jueces —considera la Corte— deben hacer uso prudente y racional de la norma contenida en el artículo 49 de la Constitución sobre el amparo, tratando de suplir por la analogía y otros instrumentos de interpretación [...] la lamentable ausencia de una ley reglamentaria en la materia.⁸

En el caso de Argentina, una ley del 18 de octubre de 1966 reglamentó el amparo, pero únicamente ante los actos de los poderes públicos.

Hemos indicado ya que la ratificación por Venezuela de la Convención americana de los derechos humanos ha influido sobre el giro tomado por su jurisprudencia. Sin embargo, es indiscutible que ésta ha establecido la doctrina de la exigencia directa de las normas constitucionales programáticas, por medios judiciales. Esto, claro, en unas materias que se referían a las garantías fundamentales de los derechos del hombre.

3. LA INNOVACIÓN RADICAL DEL MANDATO DE INJUNÇÃO

La Asamblea Constituyente brasileña que ha elaborado la nueva Constitución de aquel país aprobada en agosto de 1988 ha introducido bastantes novedades, en el marco de una regulación amplísima y casi exhaustiva de materias que convierte a aquella Constitución en un verdadero código de derecho público.

La regulación de los derechos y libertades fundamentales es muy amplia, a partir del artículo 5º de la Constitución.

La innovación de mayor trascendencia en el campo de las garantías de los derechos y libertades fundamentales, es la recogida en el inciso LXXI del artículo 5º, bajo el nombre de mandato de injunção: “conceder el mandato del injunção siempre que la falta de norma reguladora haga inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, la soberanía y la ciudadanía.”

Esta institución que no tiene antecedentes en el derecho brasileño ni en el derecho comparado, responde a un problema muy grave del derecho constitucional representado por la ineffectividad de los derechos por la ausencia de legislación de desarrollo, que

⁸ La Roche, Humberto, *Instituciones constitucionales del Estado venezolano*, 9a. ed. Maracaibo, 1984, pp. 507-9; Brewer-Carías, Alan, *Instituciones...*, t. II, pp. 553-8.

convierte a éstos, en meras declaraciones retóricas o en principios programáticos sin ninguna fuerza positiva.

Es cierto que existen otros medios para evitar que los derechos permanezcan inaplicables y que se produzca el abuso del "maximalismo programático", como lo hemos definido en otro lugar.

La propia Constitución brasileña, siguiendo el ejemplo de la Constitución portuguesa de 1976, reconoce la inconstitucionalidad por omisión, medida para hacer efectiva la norma constitucional (artículo 103, 2º), y la iniciativa legislativa popular que también permitiría la exigencia ante la cámara legislativa de iniciar un procedimiento normativo de leyes complementarias en esta materia.

Algunos otros procedimientos políticos y en el área del derecho internacional, hemos sugerido en otro lugar.⁹

Los dos presupuesto de los que parte la garantía son:

La existencia de un derecho constitucional de quien lo invoca.

El impedimento de ejercicio por falta de una norma reguladora de desarrollo.

No se trata, en este caso, a diferencia de otras garantías tradicionales, de reponer la legalidad ofendida, ni asegurar derechos, dañados por violencia o coacciones administrativas.

Pese a la semejanza terminológica, no tiene tampoco nada que ver el *mandato de injunção* con la *injuntión* del derecho norteamericano. Esta última es un tipo de interdicto del tribunal para prohibir y ordenar la realización de un acto y actuar también como medidas cautelares y provisionales que mantengan el *status quo* hasta que haya solución del litigio, y puede dar lugar a un castigo por desacato al tribunal si el demandado desobedece la *injuntión* del mismo.

La institución constitucional brasileña que analizamos permite recurrir al Poder Judicial para hacer efectivas normas sobre los derechos y libertades, la nacionalidad, la soberanía y la ciudadanía, que ya son consideradas como autoaplicables, es decir, con fuerza de derecho positivo, y pretenden que se cumpla la declaración de que tales normas tienen aplicación inmediata, tal como señala el párrafo 1º del artículo 5º de la Constitución. Se trata de

⁹ Un primer tratamiento de estas cuestiones, en su vinculación con los países iberoamericanos —que ahora ampliamos— en nuestro artículo, "El valor jurídico y político de las normas constitucionales de carácter programático", *Colección Jurisprudencial Zeus*, Rosario, Argentina, núm. 3613, t. 49, marzo, 1989.

este modo de evitar el argumento tradicional de algunos sectores de la jurisprudencia o de la doctrina —y desde luego, también del legislador ordinario, que es el principal responsable de no haber elaborado la norma de desarrollo— de que ciertas disposiciones constitucionales son declaraciones de intenciones o normas programáticas, que no pueden ser alegadas como fundamento de un derecho positivo.

La primera reacción de un sector de la doctrina brasileña, reflejada en las declaraciones de algunos destacados juristas a la prensa, fue más bien de cautela ante esta innovadora garantía, e incluso —en contradicción paradójica con el sentido del texto constitucional— se llegó a afirmar que la norma “necesitaría todavía de una interpretación del Supremo Tribunal Federal” (Celso Bastos) o “de una ley complementaria para tener eficacia” (Dalmo de Abreu Dallari). En medio de una ofensiva de los sectores empresariales que a través de sus representantes en la Asamblea Nacional Constituyente, propusieron una enmienda para eliminar la expresión “los derechos” —con la intención de sustraer los derechos sociales a la protección de esta institución—, intervino el destacado constitucionalista Manoel Gonçalves Ferreira Filho para proponer que debería ser suprimido todo el inciso LXI y no sólo la expresión “los derechos” (que era la enmienda del Movimiento de Unidad Empresarial). “Esto es apenas un artificio —señaló Ferreira— para no afectar a los derechos sociales, pero la práctica va a provocar la ineficacia de la disposición”.¹⁰

La cuestión fundamental es determinar la medida que el juez debe tomar ante un *mandato de injunção*. Evidentemente, primero tiene que verificar si el recurrente es titular de un derecho constitucional, y constatar la imposibilidad de su ejercicio por ausencia de norma reguladora de desarrollo. El órgano jurisdiccional podría actuar tomando diversas medidas: la más drástica sería elaborar él mismo la norma que falta y así sustituir la omisión del legislador, ya que éste no actuó con anterioridad. Si se tratase de una auténtica sustitución de la función legislativa, el efecto de la norma tendría que ser *erga omnes*. Tal procedimiento sería peligroso por la confusión de funciones entre los órganos constitucionales y las dificultades del órgano jurisdiccional para ejercer efec-

¹⁰ “Juristas divergen sobre o mandato de injunção”, en *Folha de Sao Paulo*, 9-7-1988, pp. 4-6.

tivamente tal función, de una parte, por falta de medios adecuados y, de otra, debido a que se solaparía con el tiempo dedicado a su función jurisdiccional, de suyo, bastante absorbente. Como ha indicado algún constitucionalista brasileño, la debilitada separación de poderes, por la interpenetración de funciones, alcanzaría ya la promiscuidad. Sin embargo, existe un sector de la doctrina y la jurisprudencia que con ciertos límites, defiende ese papel de la jurisprudencia como función sustitutiva del legislador.¹¹

Esta forma limitada de sustitución legislativa expresa una segunda modalidad de medida que el juez puede dar ante el *mandato de injunção*. Se trataría de que el desarrollo legislativo realizado por el Poder Judicial sólo tuviera efectos para el caso concreto a terceros. De este modo se respetaría uno de los principios fundamentales de la jurisprudencia, aquel que prohíbe al juez pronunciarse, a no ser en casos concretos, pero a la vez se llevaría a sus últimas consecuencias el poder discrecional de interpretar la ley por el juez, para no denegar justicia.

La tercera solución se fundamentaría en un estricto respeto a la separación de poderes, de tal forma que el órgano judicial se limitaría a ordenar a la autoridad que hubiera omitido elaborar el desarrollo legislativo necesario, que apruebe las normas que permiten ejercer el derecho. Si no fuera obedecido y se tratase de un órgano administrativo, podría fijarse un plazo que una vez transcurrido podría dar lugar a sanción por incurrir en un delito de incumplimiento de orden judicial.

Si la omisión y el incumplimiento es del legislativo, las consecuencias podrían ser, de una parte, que el juez legitimara una acción de indemnización contra el Estado para reparar los daños sufridos por el recurrente, si éste era el caso.

Sin embargo, si la omisión, es del legislativo, y posiblemente de determinados agentes políticos en él emplazados, existe una sanción extrajurídica y es la de poner en evidencia la crisis de legitimidad por la falta de ese desarrollo constitucional, ante una reclamación popular, reforzada por la decisión judicial, y cuya sanción política podría ser la dimisión o la no reelección de los legisladores culpables.

Ahora bien, en bastantes situaciones el órgano judicial, adaptándose al caso concreto, podría proveer directrices y criterios

¹¹ Carlin, Volnei Ivo, "Jurisprudencia como função substitutiva do legislador" *Seqüência*, Santa Catarina, Brasil, núm. 16, junio 1988, pp. 31-37.

suficientemente explícitos para hacer operacional el derecho del recurrente, sin necesidad de un desarrollo legal (el derecho por ejemplo, de las mujeres en prisión para tener consigo a sus hijos lactantes, podría solucionarse por esta vía, y así en otros casos semejantes).

Es cierto que supone una responsabilidad excesiva descargar sobre las espaldas del Poder Judicial todas las respuestas a la inaplicabilidad del texto constitucional. La participación popular debe acompañar esta exigencia que no sólo es jurídica, sino también política. La iniciativa legislativa popular puede ser un buen instrumento para esta reivindicación de desarrollo constitucional.

Sin embargo, nos parece una peligrosa manifestación de falta de voluntad política el declarar, genéricamente, que en la práctica va a resultar ineficaz la disposición, ya que ello supondría abdicar de las responsabilidades que todos los ciudadanos —y en especial los magistrados como responsables de la interpretación y aplicación de la ley— tienen respecto a la efectividad de las normas, y sobre todo de la que es la ley fundamental.

Los derechos protegidos por este *mandato de injunção* no son sólo aquellos que tienen la consideración de derechos y libertades fundamentales, sino también las prerrogativas de nacionalidad, soberanía y ciudadanía y, por tanto, no sólo los derechos y garantías del título II, capítulo I, sino también las normas del capítulo III sobre la nacionalidad y los derechos políticos reunidos en el capítulo IV de este mismo título.

El *mandato de injunção* no depende de ninguna norma reguladora o aclaratoria y tiene aplicación inmediata desde la proclamación de la Constitución, a tenor del texto del párrafo 1º del artículo 5º. Sin embargo, ello no impide que pudiera ser útil jurídicamente aclarar los problemas de competencias y las controversias sobre procedimiento en una ley reglamentaria que regulara más detalladamente esta materia.

El área de los derechos y libertades es una de las más sensibles para reflejar la existencia de una ciudadanía efectiva y de una participación integral, que no discrimine a los miembros de una comunidad. Por ello, es especialmente preocupante —y coincidimos con el profesor Luis Alberto Warat— el riesgo de una versión exclusivamente privatista de los usos abusivos del derecho, que vincula esta noción expresamente a los intereses particulares reconocidos por las leyes. La problemática de las prácticas abusivas

en el plano del derecho público, por un exceso de normatividad estatal que regula hasta el mínimo detalle nuestras existencias personales, o que en nombre de los intereses de la sociedad permite un uso absoluto por el Estado de la ley positiva, lleva a una normativación total del tejido social, que en vez de ser protector de los intereses de la sociedad y de las libertades personales, se convierte en un instrumento de control y vigilancia sobre el individuo, potencialmente peligroso y culpable para el Estado y el Derecho.¹²

En esta relación entre ciudadanía y protagonismo participativo, en el campo de los derechos —y el caso brasileño es bien paradigmático— debemos reivindicar, al mismo tiempo, la efectiva aplicación del texto constitucional y el mayor campo de autonomía para el ejercicio de los mismos y la libertad de autoorganización social.

4. CONCLUSIÓN

Reafirmamos finalmente el potencial de eficacia jurídica de todas las normas constitucionales —incluso las normas programáticas—, así como la legitimidad y la legalidad del uso de los diferentes procedimientos jurídicos y políticos ya mencionados, para obtener el desarrollo y la aplicación de estas normas.

La evidencia de esta necesidad es netamente manifiesta en los países del Tercer Mundo, donde precisamente, la eficacia práctica de estas normas programáticas es un imperativo ineluctable para el proceso interno de desarrollo de estas sociedades y para la consolidación de sus frágiles soberanías populares.

¹² Warat, Luis Alberto, "O abuso estatal do direito" (Breves comentarios sobre a concepção jurídicista dos direitos humanos), *Seqüência*, núm. 16, junio, 1988, pp. 14-15.