

CAPÍTULO TERCERO

Reforma del Estado y cambio constitucional en México ..	71
I. Introducción: la reforma del Estado y su contexto ..	71
II. Primera sección. Reformas para la nueva gobernabilidad	80
1. Reglas electorales e integración institucional	80
2. Reelegición legislativa.....	83
3. Extensión del periodo ordinario de sesiones del Congreso de la Unión.....	88
4. Instrumentos de control parlamentario	90
5. Mecanismos para el caso de no aprobación del presupuesto por la Cámara de Diputados	95
6. Ratificación del gabinete por el Poder Legislativo.....	102
7. Previsión para el caso de falta del presidente de la República	104
III. Segunda sección. La construcción de un Estado de derecho y las reformas pendientes en materia jurisdiccional.....	107
1. Introducción	107
2. Eliminación del principio de relatividad de las sentencias de amparo	117
3. Creación de un tribunal constitucional distinto de la Suprema Corte.....	125
4. Cuestiones varias	135
IV. Tercera sección. Otras reformas necesarias al texto constitucional	139
1. El Distrito Federal y el procedimiento de reforma a la Constitución.....	139

2. Las relaciones entre el derecho federal y el derecho local	141
3. Federalizar las elecciones	143
4. Ampliación de la competencia de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos	144
5. La reforma del ministerio público	145
V. Cuarta sección. La construcción de un Estado constitucional y democrático de derecho y la renovación constitucional	154
1. Vuelta al principio: las claves del Estado constitucional	154
2. ¿Sirve todavía la Constitución de 1917?.....	156

CAPÍTULO TERCERO

REFORMA DEL ESTADO Y CAMBIO CONSTITUCIONAL EN MÉXICO

I. INTRODUCCIÓN: LA REFORMA DEL ESTADO Y SU CONTEXTO

En México parecen haber quedado atrás los días en que el debate público nacional se centraba en la falta de limpieza de las elecciones. Actualmente la agenda parece estar repleta de una cantidad de temas que contienen y reflejan buena parte de la ardua problemática con la que el país va a entrar en el siglo XXI.

Al parejo de la superación del fantasma del fraude electoral, hemos asistido en los últimos años al florecimiento de un pluralismo político y social inédito en la historia reciente de México. De ese creciente pluralismo da buena cuenta el hecho de que para el proceso electoral federal de 2000 hayan participado con registro 11 partidos políticos; 6 de ellos por vez primera, luego de acreditar los requisitos legales ante el Instituto Federal Electoral y que se agregan a los otros 5 que participaron en las elecciones federales de 1997. Aunque quizás el dato más elocuente en ese sentido sea la alternancia producida en la Presidencia de la República luego de la jornada electoral del 2 de julio, y la necesidad de gobernar sin mayoría absoluta en ninguna de las Cámaras del

Congreso de la Unión por parte del nuevo gobierno del PAN (2000-2006).

A partir tanto de la confiabilidad en la organización y en los resultados de las elecciones, como del renovado y pujante pluralismo, deben irse pensando los cambios necesarios que pudieran introducirse en el marco constitucional a fin de estar en posibilidades de reforzar las funciones y el desempeño de los poderes públicos. En buena medida, de la consecución de estos cambios y del correspondiente mejoramiento de la operatividad de los poderes públicos trata la llamada “reforma del Estado”; este proceso de reforma ha pasado por varias etapas, involucrando en su delineación y en los debates que ha suscitado tanto a instituciones nacionales (sindicatos, poderes públicos, académicos, etcétera), como internacionales (Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, Unión Europea, etcétera).¹

Los procesos de reforma del Estado surgieron a finales de la década de los setenta, en buena medida como resultado de la llamada “crisis fiscal del Estado” y de la caída en los procesos de

1 Algunos aspectos de la “reforma del Estado” han sido explicados en Carbonell, Miguel, “Una agenda alternativa para la reforma del Estado”, *Este País. Tendencias y opiniones*, México, núm. 93, diciembre de 1998, pp. 12-18; *ibidem*, “Poder Judicial y reforma del Estado”, *Diálogo y debate de cultura política*, México, núm. 7, enero-marzo de 1999, pp. 27-40; *ibidem* (en coautoría con Alejandro Anaya), “Instituciones judiciales y rediseño del Estado”, *Este País. Tendencias y opiniones*, núm. 102, septiembre de 1999, pp. 40-44; *ibidem*, “Democracia, gobernabilidad y cambio constitucional en México”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 30, 2000, pp. 11-40; *ibidem* (en coautoría con Lorenzo Córdova), “Reforma del Estado y democracia gobernable: algunas reflexiones”, en Varios autores, *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002. Véase también, de entre lo mucho que se ha publicado sobre el tema, el núm. 12/98 de la revista *El mercado de valores*, México, diciembre de 1998, monográfico sobre el tema de “Hacia una reforma del Estado en México”; Serna de la Garza, José Ma., *La reforma del Estado en América Latina: los casos de Brasil, Argentina y México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998 y González, María del Refugio y López Ayllón, Sergio (eds.) *Transiciones y diseños institucionales* (1a. reimpr.), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

crecimiento económico. La crisis de los setenta se produce, en cierta medida, por el crecimiento desproporcionado del Estado (que había comenzado durante las primeras décadas del siglo XX como resultado del incremento de las tareas asumidas por las diversas administraciones públicas) y por los entonces incipientes pero ya importantes procesos de globalización.²

Como reacción a la crisis de los setenta empezaron a difundirse una serie de visiones teóricas que defienden el llamado “Estado mínimo”, en una suerte de intento por regresar a los tiempos del Estado decimonónico (o, mejor dicho, a su modelo imaginario), en los que las estructuras estatales tenían como cometidos casi únicos el asegurar el cumplimiento de los contratos y la protección de la propiedad. Son los tiempos —a principios de los años ochenta— en que el pensamiento neoliberal domina el escenario teórico y se empieza a implantar en diversos países.

Un primer tramo de las reformas del Estado con visiones neoliberales se dirige hacia una restricción importante de las tareas y funciones del Estado, y hacia el correspondiente adelgazamiento de sus estructuras burocráticas. En la segunda mitad de la década de los ochenta se llevan a cabo profundas reformas de la función regulativa del Estado sobre los mercados, comenzaron a abrirse las fronteras al libre comercio y a bajar las barreras arancelarias de un buen número de países.

Durante la década de los noventa los procesos de reforma del Estado se dedicaron a enmendar una parte de las reformas de la década anterior, que dejaron resultados funestos en términos de crecimiento del desempleo, caída del poder adquisitivo de los salarios, desigualdad y discriminación sociales, degradación de los servicios públicos, precariedad de los sistemas de seguridad social, etcétera. Las reformas a los componentes económicos del sistema empezaron a complementarse con otro tipo de cambios,

² Bresser Pereira, Luiz Carlos, “Reforma del Estado en los años noventa: lógica y mecanismos de control”, en Carrillo Florez, Fernando (ed.), *Democracia en déficit. Gobernabilidad y desarrollo en América Latina y el Caribe*, Washington, BID, 2001, p. 111.

que en parte corrigieron las visiones del Estado mínimo. Puede decirse que en los noventa se lleva a cabo la “segunda generación” de reformas del Estado. De ese tipo de reformas trata, en gran medida, el presente capítulo.

Hoy en día, una vez que se ha dejado atrás, por lo menos en la mayor parte de los países de América Latina, la etapa de la “reforma estructural” — enfocada particularmente, como acaba de apuntarse, hacia los componentes del sistema económico —,³ a principios del siglo XXI las tareas parecen concentrarse en la búsqueda de nuevos diseños institucionales. En este punto, como ha subrayado Adam Przeworski, no se cuenta todavía con suficiente evidencia empírica para responder a todas las interrogantes.⁴ De hecho, un politólogo de la talla de Giovanni Sartori todavía hace algunos años se preguntaba si, en las cuestiones institucionales, sabemos qué reformar y cómo vamos a hacerlo y se respondía que no.⁵ En el mismo sentido se expresa Juan J. Linz, quien subraya el hecho de que “nos falta un estudio más sistemático y de conducta política de las implicaciones que tienen diversas instituciones para el proceso político en el que basar algunos de los debates del momento sobre reforma institucional y constitucional”.⁶

3 El análisis del impacto de la reestructuración económica en el ámbito político se encuentra, para el caso de México, en Cook, Ma. Lorena *et al.* (eds.), *Las dimensiones políticas de la reestructuración económica*, México, Cal y Arena-UNAM, 1996.

4 *Democracia y mercado*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, pp. 59 y 60.

5 *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados* (reimp.), México, FCE, 1999, p. 12. En el mismo sentido Luiz Carlos Bresser apunta que: “La dimensión política de la reforma del Estado es al mismo tiempo la más importante — ya que el Estado es el ente político por excelencia — y la menos clara...”, “Reforma del Estado en los años noventa...”, *cit.*, p. 131.

6 “Democracia presidencial o parlamentaria: ¿qué diferencia implica?”, en Linz, Juan J. y Valenzuela, Arturo (comps.), *Las crisis del presidencialismo. I. Perspectivas comparadas*, Madrid, Alianza Editorial, 1997, p. 27. Véanse, sin embargo, las observaciones de Josep Colomer, para quien “los estudios politológicos y la acumulación de experiencia permiten hoy en día un cálculo más certero

En el Informe sobre el Desarrollo Mundial de 1997,⁷ elaborado por el Banco Mundial, se reconoce la necesidad de contar con un Estado fuerte y eficiente para poder lograr un desarrollo social aceptable. Dicho Informe sostiene que siguen siendo muchas y muy diversas las interrogantes sobre la función del Estado, pero que hay cuatro acontecimientos recientes que las han hecho especialmente apremiantes: *a) el desplome de las economías dirigidas de la antigua Unión Soviética y de Europa central y oriental; b) la crisis fiscal del Estado del bienestar en la mayoría de los países con tradición industrial; c) el importante papel desempeñado por el Estado en el “milagro” económico de algunos países de Asia oriental y d) el desmoronamiento del Estado y la multiplicación de las emergencias humanitarias en varias partes del mundo.* El mismo documento agrega que: “un Estado eficaz es imprescindible para poder contar con los bienes y servicios —y las normas y las instituciones— que hacen posible que los mercados prosperen y que las personas tengan una vida más saludable y feliz... el Estado es fundamental para el desarrollo económico y social”.

Este reconocimiento, salido del corazón mismo del pensamiento neoliberal que ha dominado buena parte de las políticas económicas de América Latina desde la década de los ochenta, reafuerza las tesis de quienes mantienen que dejar la solución de los problemas sociales a la lógica inapelable del mercado es un grave error histórico y político que siempre acaba pagándose.

La búsqueda del Estado mínimo se ha dejado definitivamente atrás en los procesos de reforma del Estado. Posturas y esquemas gubernativos como los aplicados bajo los gobiernos de Ronald

acerca de los beneficios que cabe esperar razonablemente de las diferentes fórmulas institucionales. Asimismo, la imitación o el contagio de los cambios en países con similares características políticas, económicas y culturales se apoya en la observación de los consiguientes efectos deseables”, *Reflexiones sobre la reforma política en México*, Documento de Trabajo número 141, División de Estudios Políticos, México, CIDE, 2001, p. 15.

⁷ *Informe sobre desarrollo mundial. El Estado en un mundo en transformación*, Washington, Banco Mundial, 1997.

Reagan en Estados Unidos y de Margaret Thatcher ---defensora a la vez, lo que no deja de tener cierta ironía, del libre mercado y de férreas dictaduras, como la chilena de Augusto Pinochet---, en Inglaterra ya no son frecuentes en el panorama internacional. Hoy en día casi nadie duda de la necesidad de contar con un Estado *eficiente*, ni muy grande ni muy pequeño, sino simplemente un Estado que cumpla con sus funciones irrenunciables.⁸

Dentro del ámbito constitucional mexicano, al salir de lo que Jesús Silva-Herzog Márquez ha llamado “la siesta constitucional”, la revisión de la parte orgánica ---y seguramente también de la que se refiere a los derechos fundamentales ---⁹ se presenta como un requisito ineludible para afianzar la incipiente democracia que estamos viviendo. El texto constitucional, tal como está, podría generar más de un conflicto en un futuro no muy lejano, sobre todo teniendo en cuenta el precario apoyo parlamentario con el que tendrá que operar el gobierno electo el 2 de julio de 2000, que como acaba de mencionarse no va a contar con mayoría absoluta en ninguna de las dos Cámaras. De dicha posibilidad y de la insuficiencia de la regulación actual da buena cuenta el siguiente párrafo del propio Silva-Herzog Márquez:

...la Legislatura está condenada al amateurismo, la sustitución presidencial ofrece el caos, el presupuesto se prepara cada año en el abismo, el Ejecutivo está llamado a despreciar al Congreso. No hay, pues, un tejido jurídico que alimente la responsabilidad, que estimule la competencia, que aliente los entendimientos y que prevea medidas de alivio para las emergencias. De allí que sea, a mi juicio, indispensable impulsar el debate de la reforma institucional.¹⁰

⁸ Anaya, Alejandro y Carbonell, Miguel, “Gobernar el pluralismo. Gobernabilidad y tercera vía en México”, en Varios autores, *Estudios en homenaje a don Manuel Gutiérrez de Velasco*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 35-52.

⁹ Véase capítulo segundo, *supra*.

¹⁰ “La Constitución como proyecto”, *Diálogo y debate de cultura política*, México, núm. 11, enero-marzo de 2000, p. 18. En el mismo sentido José Carbonell apunta que “La institucionalidad política que durante décadas ha operado, y sobre la que se basó el régimen priista, en la actualidad se está convirtiendo en

En las siguientes páginas se enlista un repertorio de las reformas más obvias que deberían irse dando en los próximos años para superar las eventuales situaciones de parálisis o de crisis que pudieran surgir. Al seleccionar los aspectos que integran el elenco que sigue, se ha tomado como criterio guía la necesidad y urgencia de los cambios a partir de las nuevas circunstancias que está viviendo el país; en casi todas las propuestas podrá observarse que la argumentación se basa en la reconfiguración que ha tenido el sistema de partidos y en el surgimiento de un importante pluralismo político en los últimos años, lo que hace que cada vez sea más difícil seguir encajando al sistema político mexicano en las etiquetas que tradicionalmente lo habían explicado y caracterizado.¹¹

No se trata, sin embargo, de perseguir como objetivo único la eficiencia global del sistema jurídico-político mexicano, sino también —y sobre todo— de aprovechar una buena oportunidad para realizar los cambios que permitan una profundización del diseño democrático que existe en la Constitución; eficacia y democraticidad son dos perspectivas que no deben perderse de vista a la hora de formular propuestas de reformas constitucionales, como recuerda Michelangelo Boero.¹²

uno de los mayores obstáculos para que la democracia florezca. De hecho, la creciente inestabilidad del juego y las reglas políticas se debe a que los supuestos y los mecanismos de control sobre los que se estructuró la coalición posrevolucionaria se han agotado, y no se cuenta con nuevos parámetros de actuación y de conducta. No existen, pues, las normas que den certidumbre a la competencia política y a la forma en que el poder es ejercido dentro del nuevo escenario nacional... Contrariamente a lo que debiera ser su propósito último (promover el acuerdo y la negociación, establecer reglas claras y encauzar el conflicto político), las instituciones actuales invitan al choque y a la confrontación; son fuente de parálisis gubernativa y enfrentamiento. Es claro, pues, que el diseño institucional plasmado en la carta magna, más que un afinado *mecanismo de relojería política*, resulta un dispositivo de gran peligro", *El fin de las certezas autoritarias...*, pp. 3 y 9.

11 Una caracterización clásica, por fortuna ya superada, se encuentra en Giovanni Sartori, *Partidós y sistemas de partido*, Madrid, Alianza, 1980.

12 *Contro il governo dei peggiori. Una grammatica della democrazia* Roma-

Obviamente, a estas alturas ya para nadie es extraño el hecho de que no basta con cambiar la Constitución para mejorar la capacidad y estructura del Estado. Junto a los cambios constitucionales deben generarse también una serie de pautas de acción política que acompañen a esas modificaciones y que las hagan realmente actuentes.¹³ Por ejemplo, ningún cambio constitucional puede hacer frente a situaciones de corrupción que deterioran el ejercicio de la función pública, contribuyen a fragmentar aún más la sociedad, causan graves daños al erario y menoscaban la imagen de la democracia y sus instituciones frente a los ciudadanos.¹⁴ Los actores, y no solamente los diseños institucionales, tienen una importancia fundamental en el buen funcionamiento de una democracia.¹⁵ Esto no impide, sin embargo, sostener que

Bari, Laterza, 2000, p. 160 (trad. al castellano de Lorenzo Córdova, Madrid, Trotta, en prensa); sobre el mismo punto, Carbonell, Miguel y Córdova, Lorenzo, "Reforma del Estado y democracia gobernable: algunas reflexiones", cit., pp. 61 y ss. Véanse, sin embargo, las prevenciones que hace José Carbonell, *El fin de las certezas autoritarias...*, cit., pp. 7-9.

13 Junto a los cambios constitucionales formales y a la conducta *constitutionalmente correcta* de los responsables de la aplicación cotidiana de los preceptos de la carta magna, también es necesaria la existencia de una teoría constitucional, es decir, de un modelo explicativo que tenga por objeto la identificación, sistematización, descripción, crítica y predicción del sistema constitucional; sobre esto, Cossío, José Ramón, *La Suprema Corte y la teoría constitucional*, Documentos de trabajo del Departamento de Derecho, ITAM, 4 de noviembre de 1999, núm. 11 (reproducido en *Política y gobierno*, México, primer semestre de 2001), vol. VIII, núm. 1.

14 Sobre la corrupción, Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Poder, derecho y corrupción*, México (en prensa).

15 Silva Herzog Márquez escribe al respecto lo siguiente: "...las máquinas por bien diseñadas que estén, no se mueven solas. No sólo de ingeniería vive la democracia. Luego del diseño viene la operación del vehículo. Pensar que todo está resuelto con la reconstrucción de las instituciones es caer en una ingenuidad tan grande como la de aquellos mexicanos que, a principios de nuestra vida independiente, pensaban que la felicidad del país dependía exclusivamente del *descubrimiento* de la feliz Constitución. Las reglas cuentan, claro. Pero no es lo único que cuenta. Por eso una reflexión sobre el futuro democrático de México requiere detenerse en el problema de los actores y sus acciones", "Democracia", *Nexos*, núm. 289, enero de 2002, p. 55.

también a partir del mejoramiento del marco constitucional pueden crearse las condiciones necesarias para hacer frente a los nuevos retos del Estado mexicano.¹⁶ Como quiera que sea, a casi nadie escapa el hecho de que, en el futuro inmediato, la gobernabilidad será un “bien escaso” en México, de tal forma que deben buscarse las mejores condiciones posibles para mantener la eficacia y la legitimidad de los poderes públicos, como ya se apuntaba párrafos arriba.

Una de las cuestiones previas que habría que dilucidar tiene que ver con la amplitud de la agenda temática de lo que podría llamarse la “segunda generación de reformas” dentro del proceso de modernización del Estado mexicano. Algunos autores, como Giovanni Sartori o Antonio Camou, sugieren que la agenda debe ser lo más breve posible, a fin de permitir consolidar primero los cambios indispensables y no detener por completo el proceso.¹⁷ Una agenda mínima, sugerirían. Desde un punto de vista teórico podrá o no estarse de acuerdo con esos puntos de vista, pero lo cierto es que cualquier observador de la realidad mexicana reciente podrá constatar una sobrecarga del debate público, ya sea por *a) el gran número de cuestiones pendientes de resolver; b) la incapacidad de los principales actores políticos para alcanzar acuerdos mínimos sobre un número relevante de temas, y c) la presión de grupos de diversa índole (mediáticos, empresariales, corporaciones obreras, etcétera) que buscan preservar viejos beneficios o continuar disfrutando de regímenes de excepción.*

16 De hecho, la renovación de los diseños institucionales es solamente una parte dentro de una política de cambio constitucional profundo; otras partes de ese cambio se han tratado de forma somera en Carbonell, Miguel, “La Constitución de 1917 hoy: cinco retos inmediatos”, en Varios autores, *Hacia una nueva constitucionalidad* (1a. reimp.), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 33-51.

17 Camou, Antonio, “Partidos políticos y gobernabilidad democrática en el México del pos-ajuste”, en Labastida Martín del Campo, Julio y Camou, Antonio (coords.), *Globalización, identidad y democracia. México y América Latina*, México, UNAM, Siglo XXI, 2001; Sartori, Giovanni en la segunda edición de su obra ya citada *Ingeniería constitucional comparada*, México, FCE, 2001.

Quizá por lo anterior es que la enumeración que sigue es de liberadamente incompleta. Incompleta desde dos puntos de vista: en primer lugar, porque no contiene todos los cambios posibles y, en segundo término, es incompleta en el sentido que cada uno de los puntos que se mencionan deberían ser tratados de forma monográfica, desarrollándolos con mucha mayor amplitud de la que se les dedica en el texto. Vale la pena advertir lo anterior en vista de la complejidad que tienen casi todos los temas que se tratan en el texto.

Este capítulo se ha dividido en cuatro secciones. La primera se enfoca a las modificaciones necesarias para crear y asegurar una nueva gobernabilidad; dichas propuestas de modificación afectan fundamentalmente al Poder Legislativo y a las relaciones entre este Poder y el Poder Ejecutivo. La segunda tiene por objeto algunas propuestas de reforma en materia jurisdiccional que afectan, principalmente, al Poder Judicial de la Federación. La tercera sección examina varias propuestas de reforma puntuales sobre aspectos diversos del constitucionalismo mexicano; es una especie de miscelánea de reformas. En la cuarta y última se examina la posibilidad y pertinencia de mantener o no la Constitución de 1917.

II. PRIMERA SECCIÓN. REFORMAS PARA LA NUEVA GOBERNABILIDAD

Algunos de los cambios institucionales que parecen más necesarios y que pueden constituir una “agenda constitucional” para los próximos años son los siguientes.

1. Reglas electorales e integración institucional

Gran parte de la “primera generación” de reformas sobre el Estado en México tuvo como objetivos fundamentales el sistema económico, por un lado, y el sistema electoral, por otro. Sobre este último tema, el ciclo de reformas se abre con las importantes

modificaciones que se produjeron como resultado de la llamada “reforma política” de 1977 y se cierra, hasta el momento, con las modificaciones constitucionales del 22 de agosto de 1996. Sin embargo, dichas reformas fueron acometidas bajo la presión que diversos actores ejercían para abrir el régimen autoritario entonces todavía operante, por un lado, y la presión de quienes querían mantener su posición en el poder, por otro. Al final, ambas partes ganaron a medias. Ganaron los aperturistas en la medida en que una serie de condiciones institucionales (la creación del IFE y su progresivo proceso de autonomización, entre ellas) permitieron que un gobierno distinto al PRI accediera a la presidencia de la República; pero ganaron también los inmovilistas en la medida en que las reglas electorales siguen siendo inequitativas y no permiten reflejar fielmente los deseos que los electores expresan en las urnas.

Concretamente, parecen haber razones suficientes para acometer, en las reglas electorales y la integración institucional de los poderes Legislativo y Ejecutivo, las siguientes reformas:

- A) Reducir la duración del periodo para el que se elige al presidente de la República; cuatro años sería un plazo conveniente. Seis años, como en la actualidad lo dispone el artículo 83 constitucional, es uno de los periodos más largos que se observan en toda América Latina.¹⁸ Ya anteriormente el periodo presidencial era de cuatro años, pero fue alargado hasta los seis actuales por una reforma de 1928; sin embargo, como ha constatado Diego Valadés, ninguna de las razones que se tuvieron para alargar en ese año el periodo presidencial subsiste en la actualidad.¹⁹
- B) Reducir la duración del mandato de los senadores de los seis años actuales a cuatro años y aumentar la de los diputados también a cuatro, en vez de los tres actuales; en este supuesto sería posible hacer coincidir la elección de los

18 Colomer, *Reflexiones sobre la reforma política en México*, cit., p. 11.

19 Valadés, *Constitución y democracia*, cit., pp. 160 y ss.

miembros de ambas Cámaras, misma que podría llevarse a cabo a la mitad y al final del mandato presidencial.²⁰ Para hacer esta modificación sería necesario modificar los artículos 51 y 56 constitucionales.

- C) Quitar la figura de los senadores “plurinominales”, dejando el sistema electoral de acuerdo con el cual se eligen tres senadores por cada entidad federativa, dos de mayoría relativa y uno por el sistema de primera minoría.²¹ Una alternativa sería la de dejar a los actuales cuatro senadores por entidad federativa pero que fueran electos, siguiendo el modelo alemán, por las legislaturas de las entidades federativas;²² en este supuesto, los senadores no estarían sometidos a mandato imperativo, pero podrían ser removidos en cualquier momento por las legislaturas locales. En cualquier caso, conviene ponderar la necesidad de que el Senado se afiance como una Cámara de representación territorial, cualidad que no tiene conforme al actual sistema de elección de sus integrantes. Esta propuesta afecta al artículo 56 constitucional.
- D) Reducir a 400 el número de diputados, de los cuales 200 serían electos por el principio de mayoría relativa en distritos uninominales y 200 conforme al principio de representación proporcional. En este punto puede intentarse diseñar un sistema “mixto nominal-proporcional”, de acuerdo con el cual la asignación de curules, que en la actualidad presenta diversos problemas, se realizaría, en primer lugar, tomando en cuenta el porcentaje que conforme al número total de votos haya tenido cada partido; ese porcentaje se traduciría proporcionalmente en un número de-

20 En sentido parcialmente contrario se manifiesta Diego Valadés, para quien las elecciones del presidente, diputados y senadores deberían ser simultáneas, *Constitución y democracia*, cit., p. 166.

21 Colomer, *Reflexiones sobre la reforma política en México*, cit., p. 5.

22 Para los detalles de esta idea véase Carbonell, José, *El fin de las certezas...*, cit., pp. 232 y 233.

terminado de curules, las que serían asignadas a todos aquellos candidatos de cada partido que hubieran ganado en sus respectivos distritos, y luego se añadirían los candidatos de las listas presentadas por los partidos hasta completar el número que le correspondiera a cada uno de ellos. Este sistema, que para México ha propuesto Josep Colomer, funciona para las elecciones de las Cámaras bajas de Alemania, Bolivia, Nueva Zelanda y Venezuela.²³

2. *Reelección legislativa*

A partir de los resultados electorales del 2 de julio de 2000, no parece aventurado sostener que ningún partido político tendrá en el mediano plazo una mayoría absoluta en las Cámaras del Congreso de la Unión, lo cual hace altamente probable que los siguientes gobiernos deban convivir con legislaturas dominadas mayoritariamente por partidos de la oposición. Este fenómeno, que a nivel federal es relativamente reciente,²⁴ se observa de forma repetida en un número nada desdeñable de entidades federativas, en las que la experiencia de los llamados “gobiernos divididos” parece tomar cada vez más carta de residencia.²⁵ Todo parece indicar que tanto la alternancia como el pluralismo derivado de la creciente competitividad electoral son hechos que llegaron para quedarse y no meramente coyunturales.

Esto puede suponer tensiones más o menos fuertes entre los poderes Ejecutivo y Legislativo, pero a la larga representa un ac-

23 *Reflexiones sobre la reforma política en México, cit.*, p. 5.

24 Aunque hay diversos antecedentes en el siglo XIX.

25 Un análisis de la experiencia de los gobiernos divididos en las entidades federativas de México puede encontrarse en Lujambio, Alonso (ed.), *Gobiernos divididos en la Federación mexicana*, México, Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública-IFE-UAM, 1996. En general sobre los gobiernos divididos y sobre la experiencia de la LVII Legislatura del Congreso de la Unión, Lujambio, Alonso, “Adiós a la excepcionalidad. Régimen presidencial y gobierno dividido en México”, *Este País. Encuestas y opiniones*, México, núm. 107, febrero de 2000, pp. 2-16.

tivo democrático que, bien aprovechado, en mucho puede ayudar al proceso político nacional. Es imposible negar que a partir de la LVII Legislatura (1997-2000) el Congreso de la Unión se ha convertido en un actor de primera importancia dentro del escenario político nacional, con independencia de la evaluación del desempeño concreto que pueda hacerse de sus trabajos legislativos.

Bajo el nuevo esquema pluralista y tomando en cuenta el cambio en el peso político específico que las Cámaras van a tener en el futuro inmediato — y que en buena medida ya están teniendo desde 1997—, se vuelve muy urgente y necesaria la reforma a los artículos 59 y 116, fracción II, párrafo segundo constitucionales, de tal manera que se haga posible la reelección *inmediata* de los legisladores federales y locales. Y lo mismo vale para el caso de lo dispuesto en la fracción I del artículo 115 constitucional en lo que respecta a las autoridades municipales, aunque este tema merece un tratamiento aparte.

La reforma de los artículos 59 y 116, fracción II para ampliar las posibilidades de la reelección legislativa tendría, entre otras, las siguientes tres ventajas:²⁶

- A) *Crearía una relación más directa entre los representantes y los electores.* Al tener que regresar los legisladores a buscar el voto en sus distritos originales, se generaría un in-

26 Sobre el mismo tema, Carbonell, Miguel, "Sobre la no reelección legislativa en México: elementos para el debate", *Quórum*, México, noviembre-diciembre de 1998, pp. 35-45; *ibidem*, "Hacia un Congreso profesional: la no reelección legislativa en México", en Germán Pérez y Antonia Martínez (comps.), *La Cámara de Diputados en México*, México, Cámara de Diputados, FLACSO-M. A. Porrúa, 2000, pp. 105-117; Nacif, Benito, "La no reelección consecutiva y la persistencia del partido hegemónico en la Cámara de Diputados", *Documento de trabajo*, México, División de Estudios Políticos-CIDE, núm. 63, 1997; del mismo autor, con una perspectiva más general, "El Congreso mexicano en transición", *Documento de trabajo*, División de Estudios Políticos, México, CIDE, núm. 101, 1999. El estudio más completo que se ha escrito en México sobre no reelección legislativa, hasta donde tengo noticia, es el de Dworak, Fernando F. (coord.), *El debate sobre la reelección legislativa en México: una perspectiva histórica e institucional* (inédito).

centivo para una mejor y más eficaz gestión por parte de los representantes y para mantener un contacto más estrecho con los votantes. En un diseño político que, como en el caso mexicano, no permite la reelección inmediata, el legislador busca mantener estrechas relaciones políticas con su partido más que con el electorado. Sabe que al terminar el periodo para el que fue electo dependerá del partido la posibilidad de continuar con su carrera política. En cambio, si se permitiera la reelección inmediata los legisladores no solamente buscarían promoción hacia adentro de sus partidos — como sucede en la actualidad — sino que prestarían mucha mayor atención a los electores.

- B) *Fortalecería la responsabilidad de los legisladores*. Bajo el incentivo de la reelección quizá aumente la preocupación de los legisladores para desempeñar diligentemente su cargo y no dejar pasar el tiempo de la Legislatura sin apoyar nada a los trabajos de los órganos legislativos correspondientes. Como señala Alonso Lujambio: “Un legislador que ha sido electo en un distrito uninominal y quiere reelegirse, tendrá que cultivar a su electorado, explicarle su conducta... El legislador lleva a su distrito liderazgo, argumentos, cifras, eventualmente algún beneficio material concreto...”²⁷
- C) *Profesionalizaría a los legisladores*. En la actualidad el trabajo legislativo tiene que ver con materias cuyo conocimiento no puede adquirirse de un día para otro. La complejidad de las sociedades actuales se ha traducido también en una proporcional complejidad de las tareas legislativas y de sus respectivos productos normativos. Hoy en día los legisladores igual tienen que votar (y se supone que cono-

27 “La reelección de legisladores: las ventajas y los dilemas”, *Quórum*, México, enero de 1996, p. 23; del mismo autor, “Reelección legislativa y estabilidad democrática”, *Estudios. Filosofía, historia, letras*, México, ITAM, núm. 32, primavera de 1993, y “¿Para qué servirían las reelecciones en México?”, *Quórum*, México, abril de 1993.

cer) sobre la regulación de nuevas figuras delictivas que sobre el tema de las especies vegetales.

La continuidad misma de los trabajos legislativos también se vería mejorada con la reelección inmediata, lo cual a su vez, permitiría la creación y desarrollo de verdaderas “políticas de Estado” en la rama legislativa.

En palabras de Alonso Lujambio:

...los legisladores se vuelven expertos trabajando... Los legisladores profesionales le hacen el seguimiento a las leyes que impulsan y aprueban, proponen ajustes cuando en la fase de implementación las cosas no salen como debieran. Los legisladores profesionales acuden a las reuniones interparlamentarias a aprender, a discutir, a intercambiar información, datos, evidencias, argumentos. Los legisladores profesionales son los guardianes de la institución parlamentaria: consultan archivos de comisiones (y no permiten que los archivos desaparezcan en cada legislatura), tienen incentivos para organizar cuerpos permanentes de asesores verdaderamente especializados, tienen incentivos para aprender nuevas cosas porque podrán capitalizar su esfuerzo. Los legisladores profesionales producen legislación de calidad, porque van profundizando en el conocimiento de la o las materias sobre las que legislan.²⁸

Para entender cabalmente estas ventajas no puede perderse de vista, como se mencionaba al principio, la confianza que hoy se tiene en los órganos encargados de organizar las elecciones y en la transparencia de los procesos comiciales. Mientras que, como señala Jesús Silva-Herzog Márquez, la reelección en un régimen autoritario significa la momificación de la clase política, en uno en etapa transicional o de democracia emergente puede ayudar significativamente a la autonomía del Poder Legislativo y al mejoramiento de la representación política.²⁹

28 “La reelección de legisladores...”, cit., p. 23.

29 Silva-Herzog Márquez, Jesús, *El antiguo régimen y la transición en México*, México, Planeta-Joaquín Mortiz, 1999, pp. 31 y 96, entre otras.

Al introducir la reelección legislativa inmediata quizá pudiera incorporarse también algún límite en la Constitución, de forma que no se tuviera la posibilidad de permanecer como legislador de un mismo órgano más de doce años. Esto significa que, suponiendo que la duración de los períodos legislativos se mantuviera invariable, los senadores podrían reelegirse de forma inmediata una vez (completando dos períodos de seis años cada uno) y los diputados lo serían hasta por cuatro períodos (una primera elección y tres reelecciones inmediatas). Si se adoptaran las reformas propuestas en el apartado anterior, con lo cual tanto diputados como senadores serían electos por un periodo de cuatro años, entonces se aplicaría solamente la última de las fórmulas que acaba de mencionarse.

Para el caso de los diputados, si el sistema electoral de la Cámara baja se mantuviera inalterado, quizá convendría agregar que los que lo fueran por representación proporcional (los llamados "plurinominales"), luego de haber sido electos por dos períodos consecutivos, tendrían que hacerlo por el principio de mayoría relativa en su tercera y cuarta oportunidades; con esto último se evitaría, en alguna medida, el excesivo fortalecimiento de las oligarquías de los partidos.³⁰

Por razones sobre todo históricas y quizá también por la mala percepción de la que gozan los poderes públicos ante la sociedad, las encuestas demuestran que la reelección legislativa no es una medida vista con buenos ojos por los ciudadanos. En una encuesta de 1998, 52% de los encuestados se mostró en contra de la reelección inmediata de los diputados, mientras que 17% contestó

³⁰ La propuesta de limitar las reelecciones se toma de Lujambio, "La reelección...", cit., p. 25. Véase, sin embargo, la muy convincente argumentación —en sentido contrario— de Fernando F. Dworak, "¿Cómo sería el Congreso con reelección? Una prospectiva sobre el posible re establecimiento de las carreras legislativas en el sistema político", en Dworak, Fernando F. (coord.), *El debate sobre la reelección legislativa en México: una perspectiva histórica e institucional*, cit.

tó favorablemente y 31% dijo que le daba igual.³¹ Esto hace suponer que, a pesar de las buenas razones teóricas que puedan existir, antes de implantar una medida como la reelección legislativa inmediata deben hacerse esfuerzos importantes de divulgación social para explicar su sentido, pues de lo contrario puede ser vista como una regresión en el proceso democratizador de México.

3. Extensión del periodo ordinario de sesiones del Congreso de la Unión

De acuerdo con los artículos 65 y 66 constitucionales, los dos periodos ordinarios de sesiones que lleva a cabo el Congreso de la Unión comienzan el 10. de septiembre y 15 de marzo y terminan como máximo el 15 de diciembre – con excepción del año en que toma posesión el titular del Poder Ejecutivo Federal en que podrá concluir el 31 de ese mismo mes – y 30 de abril respectivamente. Fuera de ese plazo la Constitución prevé el funcionamiento de la Comisión Permanente (artículo 78) o, si fuera necesario, la convocatoria a periodos extraordinarios de sesiones (artículos 67 y 78, fracción IV).

El tiempo normal de funcionamiento de una Legislatura, sumando los dos periodos ordinarios, es de 5 meses al año. Es decir, durante 7 meses al año las Cámaras no sesionan de forma ordinaria.

Estos periodos tan reducidos quizá pudieran haber tenido alguna justificación en el pasado, cuando los temas y problemas que atendían los legisladores no tenían la complejidad que han adquirido en los últimos años y cuando el estado precario de las vías de comunicación dificultaba que los diputados y senadores de provincia pudieran llegar fácilmente a la sede del Congreso;³²

³¹ Datos citados por Crespo, José Antonio, "Reelección parlamentaria", *Este País. Encuestas y opiniones*, México, núm. 86, mayo de 1998, pp. 10 y 11.

³² Diego Valadés nos recuerda que en 1857 algunos diputados constituyentes no estuvieron de acuerdo en que el primer periodo de sesiones del Congreso

pero en la actualidad, teniendo presentes las enormes necesidades de regulación y de intervención legislativa que demanda la dinámica del sistema político y el mismo entorno social, parece un lujo excesivo para el país tener a las Cámaras fuera de funcionamiento normal durante tanto tiempo.

Ese mismo hecho rompe la continuidad de los trabajos legislativos, no permite el estudio detenido y juicioso de las iniciativas y tampoco facilita las tareas de control político sobre el Poder Ejecutivo que son parte esencial del trabajo de los legisladores. Mientras los órganos ejecutivos trabajan de forma continua durante todo el año, las Cámaras apenas cuentan con menos de la mitad de ese tiempo para realizar sus tareas, lo cual representa un déficit importante para el equilibrio que debe haber entre los poderes.³³

En el derecho comparado ninguna Legislatura tiene períodos ordinarios tan reducidos. De hecho, si se saca un promedio de los días en que trabajan ordinariamente las legislaturas de Costa Rica, Chile, Uruguay, Francia y España se llega a la cifra de 201.6 días, contra los 153 que lo hacen los legisladores mexicanos.³⁴

Como señala Josep Colomer,

el Congreso mexicano es extremadamente débil, sobre todo debido a la brevedad de los períodos de sesiones, con un total de sólo cinco meses al año (frente a una media de ocho meses en los demás países de América Latina), lo cual reduce en gran medida las oportunidades congresuales de desarrollar sus propias iniciativas.

iniciara en septiembre porque, se dijo entonces, "es cuando más llueve y los caminos están intransitables", *El control del poder*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 376 (hay una segunda edición, Porrúa-UNAM, 2000).

33 En el mismo sentido, Pedroza, Susana T., *El Congreso de la Unión. Integración y funcionamiento*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, pp. 73 y ss.

34 Álvarez del Castillo, Bernardo, *La obligación del legislador como representante popular*, tesis profesional, México, Universidad Anáhuac, 1999.

tivas. Este elemento es tan crucial que cabe incluso temer que el propio cambio político se demore o se aplace por falta de tiempo de los congresistas para elaborar, discutir y aprobar las correspondientes reformas constitucionales y legislativas. La reforma constitucional para ampliar los períodos de sesiones del Congreso mexicano podría considerarse casi como una condición necesaria para hacer viable el conjunto de las reformas de la Constitución.³⁵

La duración del periodo ordinario de sesiones debería ser de entre 9 y 10 meses.³⁶ José Carbonell sugiere que los períodos ordinarios abarquen del 15 de enero al 31 de julio (seis meses y medio) y del 10. de septiembre al 15 de diciembre (tres meses y medio); el año en que el Poder Ejecutivo tome posesión de su encargo el periodo se alargaría hasta el 31 de diciembre.³⁷

4. Instrumentos de control parlamentario

El hecho de que el Congreso de la Unión haya ganado presencia y peso político hace necesario que se le suministren los instrumentos suficientes para desempeñar las funciones adecuadas a su recién adquirida importancia.

Una vertiente importante de esos instrumentos pueden ser las distintas formas de control parlamentario sobre el Poder Ejecutivo.

De acuerdo con el marco constitucional actual, las Cámaras pueden citar a los secretarios de Estado, al procurador general de la República, a los jefes de los departamentos administrativos, a los responsables de la administración pública paraestatal y de las empresas con participación estatal mayoritaria, para que informen cuando se discuta una ley o un asunto concerniente a sus respectivos ramos o actividades (artículo 93).³⁸

35 *Reflexiones sobre la reforma política en México*, cit., p. 12.

36 Diego Valadés propone que dure 9 meses; *Constitución y democracia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 67.

37 *El fin de las certezas...*, cit., p. 221.

38 Un análisis de los mecanismos de control parlamentario en la Constitución de 1917 puede verse en Mora-Donatto, Cecilia, *Temas selectos de derecho parlamentario*, México, M. A. Porrúa-Universidad Anáhuac, 2001, pp. 125 y ss.

Un paso adelante para fortalecer las facultades de control político de las Cámaras podría darse al permitirles también citar al presidente de la República para que dé cuenta de algún asunto especialmente relevante para los intereses de la nación. Obviamente, no se trata de tener al presidente cada semana en el Congreso, como sucede, por cierto, en la mayor parte de las democracias consolidadas (sobre todo las que cuentan con regímenes parlamentarios de gobierno), pero sí de tener la posibilidad de que el presidente explique ante el Congreso y ante la opinión pública la atención que debe dársele o se le ha dado a algún asunto importante.

Esto supondría, además de aumentar las facultades de control político del Legislativo sobre el Ejecutivo, la creación de mayores espacios de diálogo entre las diversas fuerzas políticas nacionales y fomentaría la tolerancia y el respeto hacia las posiciones del otro, lo que en mucho podría contribuir al establecimiento de una renovada cultura política. No es lo mismo tener al presidente en el Congreso una vez al año para presentar el informe que prescribe el artículo 69 constitucional, que tenerlo cinco o seis veces, en sesiones tal vez menos solemnes que la prevista en el precepto mencionado (que requiere que el informe se presente por escrito) pero más operativas y dialogantes. Por sí misma, esa posibilidad introduciría un cambio cualitativo muy importante en la vida política nacional.

Una alternativa a lo anterior, propuesta por Diego Valadés,³⁹ sería la de crear la figura de jefe de gabinete que sería nombrado por el presidente y ratificado por el Senado. El jefe de gabinete sería el encargado de asistir con regularidad, en nombre del Poder Ejecutivo, a las sesiones del Congreso para contestar preguntas e interpellaciones. Otros autores proponen, en la misma línea, la creación de una “Secretaría de Relaciones Interorgánicas”, cuya función sería la de servir como enlace del Poder Ejecutivo con el Congreso de la Unión. El titular sería ratificado por ambas

39 *Constitución y democracia, cit.*, pp. 69 y 70.

Cámaras, mismas que podrían también removerlo. Habría un subsecretario encargado de la relación con la Cámara de Diputados y otro para el Senado; cada Cámara ratificaría y eventualmente podría remover al subsecretario encargado de las relaciones con ella.⁴⁰

En la misma tesitura, habría que modificar el “formato” del informe presidencial al que se refiere el ya mencionado artículo 69 de la Constitución. Durante ese informe el presidente debería admitir la interpelación de los congresistas, que le podrían hacer preguntas, cuestionar el contenido de su informe o participar de cualquier manera.

Para los poderes legislativos de la actualidad, las facultades de control se han vuelto tanto o más importantes que las puramente legislativas.⁴¹ Hoy en día buena parte del tiempo de los legisladores en diversas democracias consolidadas se dedica al análisis de las políticas públicas que lleva a cabo el Poder Ejecutivo y no tanto a la presentación, discusión y aprobación de iniciativas de ley. Por eso se justifica, entre otras razones, la necesidad de introducir mecanismos reforzados de control para que las Cámaras puedan desempeñar de forma eficaz esas funciones.⁴²

No quisiera dejar de mencionar las dificultades en primer término *mentales* que existen en México para permitir que el Legislativo lleve a cabo un efectivo control sobre el Ejecutivo. Tíene razón Néstor Pedro Sagüés cuando señala los obstáculos para realizar ese control en sociedades que todavía siguen teniendo

40 Carbonell, José, *El fin de la certezas...*, cit., p. 199.

41 Fix-Zamudio, Héctor, “La función actual del Poder Legislativo”, en Varios autores, *El Poder Legislativo en la actualidad*, México, Cámara de Diputados-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, pp. 21 y ss.; sobre el significado e implicaciones del control político en general, Aragón, Manuel, *Constitución y control del poder*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1995 (especialmente capítulo VI, pp. 157 y ss.). Una perspectiva de derecho comparado sobre el control parlamentario puede verse en Pau Vall, Francesc (coord.), *Parlamento y control del gobierno. V Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Pamplona, Aranzadi Editorial, 1998.

42 La necesidad, modalidades y funciones del control, tanto en general como el parlamentario en concreto, han sido explicadas por Valadés, Diego, *El control del poder*, cit.

una imagen sagrada y mágica de la autoridad, como sucede en el caso de México, ya que en ellas “el jefe de Estado conserva importantes vestigios del viejo monarca por derecho divino, mixtulado a menudo con fuertes ingredientes carismáticos que hacen de él un ser superior al resto de los mortales. Desde luego, tal imagen es falsa, pero resulta útil para desalentar aventuras legislativas de control sobre él”.⁴³

Otra medida posible, en el mismo sentido de las ya propuestas, sería facultar al Congreso para remover a un secretario de Estado sin la necesidad de llevar a cabo el complejo procedimiento previsto en el título IV de la Constitución para el juicio político, como sucede en un número importante de países.⁴⁴ En particular, parece un poco exagerado pedir en el Senado una mayoría semejante a la que se necesita para aprobar una reforma constitucional (dos terceras partes de los miembros presentes), para poder destituir no solamente a un secretario de Estado, sino también a un director general de una empresa de participación estatal mayoritaria o de un fideicomiso público (artículo 110 constitucional). Quizá fuera más razonable que se pidiera mayoría simple para llevar a cabo dicha destitución o la correspondiente inhabilitación, o que se introdujera algún mecanismo parecido a la llamada “moción de censura” contra los secretarios de Estado y otros altos funcionarios del Poder Ejecutivo. La existencia de una facultad de remoción ministerial para el Poder Legislativo obliga a los secretarios de Estado a “mantener relaciones intensas con el Congreso basadas en la transparencia informativa, el rendimiento de cuentas y las decisiones compartidas”,⁴⁵ cuestiones todas ellas que conviene incentivar en el escenario político mexicano.

43 “El control del Congreso sobre el presidente en Argentina. Normas y realidades”, ponencia presentada en el Seminario Internacional “Reformas constitucionales”, Chile, Universidad de Talca, del 20 al 22 de marzo de 2002, versión mecanográfica.

44 Colomer, *Reflexiones sobre la reforma política en México*, cit., p. 13.

45 *Idem*.

En el mismo orden de ideas, tendría que cambiarse el sistema de responsabilidades del presidente de la República; en el vigente título cuarto de la Constitución se establece que, durante el tiempo de su encargo, el presidente solamente puede ser juzgado por traición a la patria y delitos graves del orden común (artículo 108, párrafo segundo). Esta limitación es completamente absurda y no tiene ninguna justificación en un contexto democrático. Bajo la óptica del principio de igualdad ante la ley el presidente podría estar protegido por el fuero constitucional, pero no gozar de inmunidad para cometer delitos. De hecho, podría incluso pensarse en algún mecanismo que permitiera no solamente poder enjuiciar al presidente por conductas de carácter penal, sino también por cuestiones de responsabilidad política del presidente (por ejemplo, por negarse a publicar una ley).⁴⁶ Con ello se lograría superar una de las principales objeciones que se le hacen al sistema presidencial, que es la imposibilidad de deshacerse de un mal presidente sin causar una crisis de Estado.⁴⁷

Resumiendo lo dicho en este apartado, las reformas que se proponen son las siguientes: *a)* introducir la figura de las comparecencias parlamentarias del presidente de la República; *b)* otorgar la posibilidad al Congreso de la Unión para remover a un secretario de Estado (es decir, la moción de censura ministerial), *c)* precisar a nivel constitucional los supuestos de responsabilidad política que podrían dar lugar a la remoción del titular del Poder Ejecutivo.

Otra medida de control político puede ser la de exigir la ratificación parlamentaria para los miembros del gabinete, tal como se explica en uno de los apartados siguientes.

46 Véanse las observaciones de Serna, José María, *La reforma del Estado*, *cit.*, pp. 296 y ss.

47 Véanse las observaciones de Linz, Juan J., "Democracia presidencial o parlamentaria: ¿qué diferencia implica?", *cit.*, pp. 37 y ss. (especialmente p. 39).

5. Mecanismos para el caso de no aprobación del presupuesto por la Cámara de Diputados

Con una Cámara de Diputados en la que el partido del titular del Ejecutivo no tenga mayoría absoluta, el riesgo de que se termine el año fiscal sin tener aprobado el presupuesto del año siguiente siempre va a estar presente. La aprobación del presupuesto, casi sobra decirlo, es uno de los actos más importantes que pueden darse dentro de una democracia pluralista, incluso por encima de la propia agenda legislativa de los poderes Ejecutivo o Legislativo.⁴⁸

Recordemos que, en los términos del artículo 74, fracción IV constitucional, es competencia exclusiva de la Cámara de Diputados, "Examinar, discutir y aprobar anualmente el Presupuesto de Egresos de la Federación...". Para ello, el Ejecutivo Federal debe hacer llegar a la Cámara el proyecto de presupuesto antes del 15 de noviembre o del 15 de diciembre en caso de que ese año haya tomado posesión un nuevo presidente de la República.

¿Qué pasa si llegado el 10. de enero de cualquier año el presupuesto no está aprobado? Esa es una pregunta que durante muchos años tuvo un interés simplemente teórico, pero que a partir de 1997 no ha dejado de tener creciente relevancia práctica. Desde luego, se han formulado cualquier género de respuestas, varias de ellas inconsistentes y sin fundamento constitucional alguno, para tratar de resolver la alarmante situación que padecería el país en caso de iniciar un año sin contar con un presupuesto aprobado. Algunos sugieren que si para el 31 de diciembre la Cámara no ha tomado una decisión sobre el tema, debe entenderse como aprobado el proyecto que hizo llegar el Ejecutivo. Otros, más sutiles, consideran que llegados a ese punto sin aprobación por parte de los diputados, se entenderá prorrogado el presupuesto

48 Carrillo, Ulises y Lujambio, Alonso, "La incertidumbre constitucional. Gobierno dividido y aprobación presupuestal en la LVII Legislatura del Congreso mexicano, 1997-2000", *Revista Mexicana de Sociología*, México, año LX, núm. 2, abril-junio de 1998, p. 252.

del año anterior. Una tercera posición sostiene que, en este último supuesto, además de prorrogar el presupuesto del año anterior, deberá hacerse un ajuste conforme al avance que haya tenido la inflación.

Aunque algunas de las opciones mencionadas están recogidas en diversas Constituciones de América Latina, tal como se expondrá más adelante, e incluso varias de ellas son recomendables para evitar situaciones de crisis o parálisis de las instituciones, lo cierto es que no cuentan con sustento constitucional alguno tratándose de la Carta de 1917: el texto constitucional no tiene ninguna previsión al respecto, con excepción de lo dispuesto en su artículo 75, que señala:

La Cámara de Diputados, al aprobar el presupuesto de egresos, no podrá dejar de señalar la retribución que corresponda a un empleo que esté establecido por la ley; y en caso de que por cualquier circunstancia se omita fijar dicha remuneración, se entenderá por señalada la que hubiere tenido en el presupuesto anterior, o en la ley que estableció el empleo.

Tal como se encuentra actualmente la Constitución, en caso de llegar al 1º. de enero sin contar con un presupuesto aprobado, se produciría un paro de muy grandes alcances en el funcionamiento de la administración pública nacional, como ya sucedió en los Estados Unidos hace unos años. La Constitución no proporciona respuesta alguna para ese caso, pero es muy clara en señalar el carácter anual del presupuesto.⁴⁹

Para evitar una posible situación de parálisis que pudiera lesionar gravemente a la economía nacional y al propio funciona-

49 Y nada "vaga", sino muy precisa en el sentido de no recoger la posibilidad de que el proyecto del presidente pueda ser aprobado de forma automática; una postura contraria parece desprenderse del texto de Scott Morgenstern y Pilar Domingo, "The success of presidentialism? Breaking gridlock in presidential regimes", en Valadés, Diego y Serna, José María (coords.), *El gobierno en América Latina: ¿presidencialismo o parlamentarismo?*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 121.

miento de la administración pública, quizá resulte conveniente realizar alguna modificación constitucional. Para ello, conviene revisar el tratamiento que sobre aspectos esenciales del tema realizan algunos textos constitucionales extranjeros.

- A) *La elaboración y aprobación del presupuesto.* Un primer aspecto que resulta de interés, desde la perspectiva del derecho comparado, es definir el órgano encargado de proponer y aprobar el presupuesto. En cuanto se refiere al primer aspecto, es decir, al órgano encargado de formular el proyecto de presupuesto, la experiencia comparada de los regímenes presidenciales de América Latina indica con claridad que dicha facultad la tiene el Poder Ejecutivo o alguna de sus dependencias, con la excepción de República Dominicana.⁵⁰ Por lo que hace al segundo aspecto, es decir, al órgano encargado de aprobar el presupuesto, el derecho comparado demuestra que México se encuentra en una situación de excepcionalidad que quizás convendría repensar. En efecto, la Constitución de 1917 es la única en América Latina que, contando con un Poder Legislativo bicameral, asigna la facultad de aprobar el presupuesto a una sola de sus cámaras;⁵¹ quizás por eso se ha propuesto que el presupuesto sea aprobado por las dos Cámaras del Congreso de la Unión las cuales, sin embargo, deberían emitir su voto a partir de un dictamen preparado por una comisión legislativa que incorporara tanto a diputados como a senadores, para evitar engorrosos reenvíos entre las Cámaras.⁵²

50 Carrillo y Lujambio, "La incertidumbre constitucional...", cit., pp. 253-255.

51 *Ibidem*, pp. 254 y 256; véase, también Gutiérrez, Gerónimo et al., *El proceso presupuestario y las relaciones entre los órganos del poder. El caso mexicano en perspectiva histórica y comparada*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 49 y ss.

52 Carbonell, José, *El fin de las certezas...*, cit., pp. 242 y 243; en el mismo sentido, Gutiérrez, Lujambio y Valadés, Diego, *El proceso presupuestario...*, cit., p. 164.

B) *El tiempo para la aprobación del presupuesto.* En México, como ya se ha mencionado, el tiempo que la Cámara de Diputados tiene para aprobar el presupuesto es de escasos 30 días, en condiciones ordinarias. A la luz del derecho comparado este plazo resulta sumamente escaso.⁵³ En los sistemas bicamarales de América Latina el Poder Legislativo tiene un promedio de 76 días para aprobar el presupuesto. Por su parte, los sistemas unicamarales del continente, aunque pudiera pensarse lo contrario, le otorgan incluso más tiempo a su Poder Legislativo para examinar y aprobar el presupuesto: 100 días en promedio, es decir, 24 más que en los sistemas bicamarales.⁵⁴ La brevedad del plazo en el caso mexicano y el principio de no reelección inmediata de los legisladores —en este caso de los diputados— suponen una desventaja importante para el Poder Legislativo, por lo cual debería pensarse en ampliar el plazo por lo menos para establecerlo en unos 3 meses. Sería deseable, en este sentido, que el presupuesto se presentara el 1o. de septiembre, salvo el año en que toma posesión el titular del Poder Ejecutivo Federal, en cuyo caso la iniciativa de presupuesto podría presentarse hasta el 1o. de octubre por el grupo parlamentario más numeroso en la Cámara de Diputados.⁵⁵

C) *El voto del presupuesto.* ¿Se puede vetar el presupuesto? Y si así fuera, ¿habría lugar para un voto parcial o tendría que ser total?⁵⁶ En general, el examen del derecho compa-

53 Véase Gutiérrez, Lujambio y Valadés, *El proceso presupuestario...*, cit., pp. 137 y ss.

54 Carrillo y Lujambio, "La incertidumbre constitucional...", cit., cuadro núm. 4, pp. 254 y 255.

55 En un sentido parecido, Carbonell, José, *El fin de las certezas...*, cit., p. 242; véase otra propuesta, también muy atendible, en Gutiérrez, Lujambio y Valadés, *El proceso presupuestario...*, cit., p. 163.

56 Sobre las clases de vetos y las condiciones para su superación véase Shugart, Matthew S. y Carey John M., *Presidents and assemblies. Constitutional design and electoral dynamics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, pp. 134 y ss.

rado parece demostrar que sí se puede vetar el presupuesto, ya sea de forma parcial o total, con excepción de tres países: México, Costa Rica y Honduras. En todos los casos en que el veto existe, la Legislatura puede superarlo con el voto de la mayoría absoluta o incluso con el voto favorable de dos terceras partes de la Cámara.⁵⁷

El caso de México quizá requiere de algún argumento adicional para demostrar la imposibilidad del veto, parcial o total, del presidente de la República sobre el presupuesto aprobado por la Cámara de Diputados. En efecto, la facultad de voto del presidente de la República se encuentra en el artículo 72, inciso C constitucional. El artículo 72 se refiere al procedimiento que debe seguirse para aprobar una ley, es decir, un producto normativo que debe ser discutido y aprobado por ambas Cámaras. Al tratarse, pues, de una facultad que puede ser ejercida dentro del procedimiento legislativo, no opera para los supuestos de facultades exclusivas de cada una de las Cámaras, como es el caso de la aprobación del presupuesto.⁵⁸

Al no tener posibilidad de vetar el presupuesto, el presidente queda en una posición difícil. Como señalan Ulises Carrillo y Alonso Lujambio:

Si el Ejecutivo es la instancia que formula el proyecto y no tiene capacidad para hacer observaciones al proyecto de ley que finalmente remita el Legislativo, nos encontramos con un Ejecutivo reducido a un mero funcionario técnico que hace los cálculos correspondientes para que finalmente otra instancia tome las decisiones políticas y señale las pautas de gasto y los rubros estratégicos de inversión pública.⁵⁹

57 Carrillo y Lujambio, "La incertidumbre constitucional...", cit., p. 258.

58 En el mismo sentido, Carpizo, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, 9a. ed., México, Siglo XXI, 1989, p. 87 y Casar, María Amparo, "Las relaciones entre los poderes Ejecutivo y Legislativo: el caso de México", *Política y gobierno*, México, vol. VI, núm. 1, primer semestre de 1999, pp. 95 y 107.

59 "La incertidumbre constitucional...", cit., p. 260.

Ahora bien, con independencia del juicio de valor que nos merezca y de lo inadecuado que puede resultar dejar al Ejecutivo sin defensa frente una decisión de la Cámara de Diputados,⁶⁰ lo cierto es que, en los términos actuales del ordenamiento constitucional mexicano, el veto presidencial no es posible en materia de presupuesto.

Algunos autores sugieren que se debería incorporar a la Constitución el veto presidencial del presupuesto, pero precisándose que solamente podría ser un voto total y no parcial.⁶¹

D) *Las posibilidades para evitar una parálisis institucional.*

En diversos textos constitucionales de América Latina se observan cláusulas destinadas a evitar que de no tenerse aprobado el presupuesto cuando da inicio el año fiscal, se produzca una parálisis de las instituciones públicas, con el consiguiente daño económico que ello produciría a los estados. Carrillo y Lujambio definen a la “cláusula para evitar una parálisis institucional” como la

normatividad que permite que en caso de que los actores involucrados en la aprobación del proyecto de presupuesto no logren llegar a un acuerdo sobre el contenido del mismo antes de que dé inicio el ejercicio fiscal para el que pretende aplicarse dicho proyecto, la propia Constitución establezca las opciones para evitar una parálisis institucional y por lo tanto de gobierno...⁶²

60 Recordemos que a principios del siglo XX Emilio Rabasa concebía como las dos finalidades directas del voto del presidente las siguientes: “dar una garantía de prudencia legislativa, mediante la intervención ilustrada por la experiencia y afianzada en la responsabilidad personal del presidente; dar al Ejecutivo medios eficaces de defensa contra la invasión y la imposición del Legislativo”, *La Constitución y la dictadura*, 7a. ed., México, Porrúa, 1990, p. 174.

61 Gutiérrez, Lujambio y Valadés, Diego, *El proceso presupuestario..., cit.*, pp. 64, 65 y 164.

62 “La incertidumbre constitucional...”, *cit.*, p. 261.

Las variantes que ofrece el derecho constitucional de América Latina sobre este tipo de cláusulas no son muchas. De hecho, se reducen a dos, principalmente.⁶³ En primer lugar, puede suceder que si el proyecto del Ejecutivo no es aprobado en los plazos que la Constitución establece, de forma automática adquiera fuerza de ley (caso de Colombia, artículo 348 de su Constitución); en segundo término, existe la posibilidad de que llegado el inicio del año fiscal sin contar con un presupuesto aprobado, se prorrogue la vigencia del anterior (caso de Honduras y Paraguay, artículos 368 y 228 de sus Constituciones, respectivamente). Para este último caso la prórroga puede ser definitiva o temporal.⁶⁴

La existencia de una cláusula para evitar la parálisis puede ser muy beneficiosa en ciertos momentos del desarrollo político de un Estado, pero no deja de generar dudas. La principal quizás sea que supone un desincentivo para que los partidos se pongan de acuerdo: *a) entre ellos en primer lugar, y b) con el Poder Ejecutivo en segundo término*. Este tipo de cláusula.

relaja la urgencia de los partidos por llegar a un acuerdo, porque con ella el costo, en todo caso incierto, que han de pagar los partidos ante la opinión pública, y tarde o temprano en las urnas, por la permanencia del desacuerdo es menor que el costo que han de pagar si el desencuentro permanente produce una parálisis de gobierno.⁶⁵

Con todo, parece que algún tipo de salvaguarda para el caso de no aprobación presupuestal es necesaria en México; puede ser, en la línea de las opciones ya comentadas que se conocen en el derecho comparado, para el efecto de que se considere aprobado el proyecto del Ejecutivo (con lo cual se genera un cierto fortalecimiento del presidente de la República) o bien para que se tenga por prorrogado el presupuesto anterior (caso en el cual se produ-

63 Gutiérrez, Lujambio y Valadés, Diego, *El proceso presupuestario...*, cit., pp. 75 y ss.

64 Carrillo y Lujambio, "La incertidumbre constitucional...", cit., p. 261.

65 *Ibidem*, p. 262.

ciría una suerte de “empate” entre las eventualmente distintas preferencias que pudieran tener los legisladores y el presidente, pues todo quedaría igual que el año anterior).

6. Ratificación del gabinete por el Poder Legislativo

En el mismo sentido de los puntos anteriores, también podría resultar interesante otorgar a las Cámaras, o por lo menos a una de ellas, la facultad de aprobar los nombramientos de los secretarios de Estado. Actualmente el Senado cuenta con facultades para ratificar el nombramiento del procurador general de la República y el de otros altos cargos de la administración pública, del Poder Judicial de la Federación (artículos 76, fracciones II y VIII, 99 y 100 constitucionales)⁶⁶ y de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (artículo 102 de la Constitución).

Lo ideal sería que todos los miembros del gabinete fueran ratificados por el Senado o por la Cámara de Diputados⁶⁷ y que la Constitución exigiera que para poder emitir dicha ratificación los candidatos deben comparecer ante los legisladores para demostrar su conocimiento del ramo del que van a estar encargados y para exponer las políticas públicas que piensan implementar en caso de ser ratificados.

Esta medida tendría tres ventajas concretas que no son desinteresables: *a)* por una parte, involucraría al Poder Legislativo en una de las decisiones más importantes dentro del funcionamiento del Estado mexicano y que hoy toma un solo hombre; *b)* por otro lado, se evitaría que se nombraran secretarios de Estado de forma improvisada o sin conocimiento del área de la que se van a encargar; en este sentido, se podría generar una mayor profesionalización de los titulares de las dependencias más importantes de la administración pública, y *c)* adicionalmente, la opinión pública

⁶⁶ Valadés, Diego, *El control del poder*, cit., pp. 393, 394 y 410.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 410.

contaría con mejores y mayores elementos de juicio con respecto a la idoneidad de los nombramientos de esos funcionarios.

En el caso concreto del procurador general de la República debería pensarse en que el Poder Legislativo interviniere no solamente en la ratificación de su nombramiento sino que también contara con facultades para autorizar su remoción. Recordemos que el Ministerio Público tiene por mandato constitucional el monopolio de la acción penal. Esto implica que, para desempeñar objetivamente su función, requiere de un mínimo de garantías que lo sitúen, sino por encima, al menos sí al margen de los designios e intereses presidenciales.⁶⁸ En todos los países en los que se ha llevado a cabo una verdadera lucha contra la corrupción han tenido que crearse mecanismos de acusación pública independientes, porque de otra forma los vínculos de “solidaridad” entre los miembros de la clase política impiden en ocasiones un seguimiento a fondo de las investigaciones por corrupción.⁶⁹

Quizá sea este punto, de entre los que se han mencionado a lo largo del presente ensayo, el que implique agregar una mayor connotación parlamentaria al sistema presidencial mexicano. Dejando de lado por ahora el debate que se ha suscitado en tiempos

68 Véase Díez Picazo, Luis M., “Il problema della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale”, *Rivista Trimestrale di diritto Pubblico*, núm. 4, 1995, pp. 919-940 y Boero, Michelangelo, “Sobre el presidencialismo y otras malas ideas. Reflexiones a partir de la experiencia italiana”, en Varios autores, *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, México, UNAM, 2001, p. 16, entre otros.

69 Sobre el tema, Andrés Ibáñez, Perfecto, “Corrupción: necesidad, posibilidad y límites de la respuesta judicial”, *Nueva doctrina penal*, Buenos Aires, 1996; *ibidem*, “Contra las inmunidades del poder: una lucha que debe continuar”, *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, núm. 93, enero-marzo de 1997; *ibidem* (ed.), *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta, 1996, entre otros; para una perspectiva de derecho comparado, Díez Picazo, Luis María, *La criminalidad de los gobernantes*, Madrid, Crítica, 1996; un panorama general sobre el tema de la corrupción, con buenas referencias bibliográficas adicionales, en Laporta, Francisco J. y Álvarez, Silvina (eds.), *La corrupción política*, Madrid, Alianza Editorial, 1997 y en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Poder, derecho y corrupción, cit.*

recientes entre la opción parlamentaria (también llamada “sustitucionista”) y la presidencial (llamada “continuista”),⁷⁰ vale la pena recordar lo necesario que es superar los “juegos de suma cero” en los que puede llegar a caer el diseño presidencialista. En este sentido, como señala Diego Valadés:

...si la experiencia y la razón indican que hay otras salidas, y que es posible ahondar la ruta de la reforma adoptando y adaptando incluso mecanismos propios del parlamentarismo que, con buenas posibilidades de éxito, podrían injertarse en el presidencialismo, vale la pena intentarlo. Las limitaciones políticas de la suma cero, que han reducido la funcionalidad del sistema presidencial en su configuración actual, pueden ser superadas.⁷¹

Para adoptar la propuesta que acaba de realizarse sería necesario modificar la fracción II del artículo 89 constitucional, así como incluir alguna fracción nueva o modificar las ya existentes de los artículos 74 o 76, según que la ratificación al gabinete estuviera a cargo de la Cámara de Diputados o del Senado, respectivamente.

7. Previsión para el caso de falta del presidente de la República

En los términos actuales de los artículos 84 y 85 constitucionales, en caso de falta absoluta del presidente de la República el Congreso de la Unión deberá nombrar un presidente interino si dicha falta

70 El debate, que se ha extendido en los últimos años en un sinfín de libros y artículos, es uno de los que más ha llamado la atención de los analistas constitucionales y políticos; un buen resumen del mismo, aplicado con acierto al caso de México, puede verse en Carpizo, Jorge, “Méjico: ¿sistema presidencial o parlamentario?”, en Valadés, Diego y Serna, José Marfa, *El gobierno en América Latina...*, cit., pp. 11-45; en la misma obra, además, pueden verse los comentarios al trabajo de Carpizo de José Woldenberg, “Una segunda generación de reformas: la gobernabilidad”, pp. 47-55 y de José María Serna, “Consolidación democrática y nueva institucionalidad en América Latina”, pp. 57-69.

71 *El control del poder*, cit., p. 412.

acontece durante los dos primeros años del mandato o uno sustituto si sucede durante los cuatro últimos. El interino se nombra para que ocupe el cargo hasta en tanto se celebran nuevos comicios, los cuales deberán llevarse a cabo no antes de 14 meses ni después de 18, contados a partir de que se expida la correspondiente convocatoria. El sustituto es nombrado para que termine el periodo presidencial de seis años para el que fue elegido su antecesor.

Ahora bien, los problemas pueden presentarse para el caso de que no se reúnan las mayorías que exige la Constitución para tomar esas decisiones. En concreto, el texto del artículo 84 constitucional exige que para el nombramiento del presidente interino concurren a la sesión de las Cámaras cuando menos dos terceras partes del total de sus miembros y que para dicha elección se alcance una mayoría absoluta de votos. Bajo un escenario sin mayorías claras, esta previsión puede dar lugar a un embrollo de enormes dimensiones.

Lo mismo sucede para los casos del nombramiento de presidente provisional a cargo de la Comisión Permanente (artículo 84, párrafo segundo constitucional) o de presidente sustituto por el Congreso, en los que aún cuando la Constitución no exige las mismas mayorías que para el caso del presidente interino, pudiera darse el supuesto de que no se alcanzara ni siquiera la mayoría simple en las votaciones del Congreso. Además, para el caso de tener que nombrar presidente sustituto debe tenerse presente que, bajo el esquema institucional actual, a la mitad del periodo presidencial hay elecciones para renovar la Cámara de Diputados, lo que puede dar lugar a una importante fragmentación del sistema de mayorías (y sobre todo de la mayoría del partido del presidente) en la Cámara.

Por las trágicas experiencias de tiempos recientes sabemos que nadie está exento, ni siquiera el presidente de la República, de sufrir algún percance que le impida continuar en el puesto. Pero es justamente en tiempos de incertidumbre cuando las posiciones políticas suelen polarizarse y cuando más se mira por los propios intereses. Es por ello que quizás sería adecuado prever en el texto constitucional un mecanismo de sustitución directa inmediata en

caso de falta del presidente, de tal forma que el Poder Ejecutivo no se quedara sin titular en el supuesto de que las Cámaras no se pusieran de acuerdo en el nombramiento o no se alcanzara la mayoría requerida. Habría que pensar en el puesto que dentro de la estructura del Estado reuniría las características para sustituir, aunque fuera momentáneamente, al presidente; quizás podría ser el presidente de la Cámara de Diputados o el del Senado o incluso algún miembro del gabinete presidencial como el secretario de Gobernación o el de Relaciones Exteriores.⁷²

Si se optara por alguno de los miembros del gabinete, sería todavía más necesario adoptar la propuesta enunciada en el apartado anterior de someter su nombramiento a aprobación del Congreso de la Unión o de alguna de sus Cámaras, pues de esa forma quien fuera a encargarse de ocupar momentáneamente la titularidad del Poder Ejecutivo Federal, contaría por lo menos con una legitimidad aunque fuera indirecta al no haber sido nombrado solamente por la voluntad del presidente, sino también por el voto aprobatorio de los legisladores.

De cualquier manera, debe subrayarse la necesidad de que la Constitución contenga mecanismos que, como en el caso de lo sugerido para la aprobación del presupuesto anual de la Federación, impidan que los poderes públicos queden paralizados; sobre todo, vale la pena repetirlo, ante un escenario político que parece afianzar día tras día la alternancia y el pluralismo y en el que las posibilidades de obtener mayorías absolutas son cada vez más remotas.

⁷² Por ejemplo, José Carbonell propone que sea el titular de la Secretaría de Gobernación; *El fin de las certezas autoritarias...*, cit., pp. 243 y 244.

III. SEGUNDA SECCIÓN. LA CONSTRUCCIÓN DE UN ESTADO DE DERECHO Y LAS REFORMAS PENDIENTES EN MATERIA JURISDICCIONAL

1. *Introducción*

Uno de los aspectos fundamentales que ha tocado la reforma del Estado en buena parte de América Latina tiene que ver con el desempeño de los poderes judiciales y, más en general, de todos los mecanismos normativos e institucionales que se refieren al reforzamiento de los principios del Estado de derecho.⁷³

Como escriben Héctor Fix-Zamudio y José Ramón Cossío,

La función jurisdiccional de nuestra época se encuentra sujeta a una profunda revisión en virtud de su creciente complejidad, ya que lo que se había concebido de manera tradicional como una actividad puramente técnica de resolución de conflictos jurídicos se ha transformado en uno de los servicios públicos esenciales del Estado contemporáneo. En efecto, un conjunto de factores sociales, económicos y culturales ha penetrado en una función que también tiene un sentido político, esto es, con lo relativo a la toma de decisiones esenciales por los órganos del poder, actividad de la que en general estaban excluidos los tribunales.⁷⁴

En el caso de México resulta de una gran importancia estudiar el papel y la posición del Poder Judicial dentro del movimiento general de reforma del Estado, pues los estudios sobre el tema han sido particularmente pobres.⁷⁵ Además, como resultado de

73 Véanse, entre otros, las observaciones de Schor, Miguel, "Constitucionalismo en América Latina. Consolidando el Estado de derecho", *Metapolítica*, México, núm. 15, julio-septiembre de 2000, pp. 80 y ss. (especialmente 91 y ss.); también las de José Carbonell, *El fin de las certezas...*, cit., pp. 233 y ss.

74 *El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano*, México, FCE, 1996, p. 15.

75 Como señalan Fix-Zamudio y Cossío, "A pesar de que en esta época existe una preocupación generalizada, tanto en México como en el resto de Latinoamérica, por la necesidad de perfeccionar la impartición y procuración de justicia, no se han elaborado los estudios suficientes sobre los problemas

las importantes reformas constitucionales y legales de 1994-1996, se han introducido múltiples novedades en la configuración institucional y en las bases operativas del Poder Judicial de la Federación.

Por muy distintas circunstancias, el Poder Judicial ha sido el poder del Estado que menos atención ha tenido por parte de los estudiosos de las transiciones a la democracia. La falta de estudios teóricos sobre los órganos jurisdiccionales quizás se deba a que las experiencias de apertura y liberalización económicas que han realizado muchos estados latinoamericanos en las últimas décadas no se han correspondido con iguales reformas en el sector de la justicia.⁷⁶ Esta deficiencia teórica y práctica, sorprendentemente, se ha producido a pesar de que es innegable que sin contar con sistemas judiciales que sean capaces de proporcionar certeza y seguridad jurídicas, es decir, que tengan comportamientos previsibles, costos razonables de acceso y estén relativamente ajenos a la corrupción, cualquier reforma económica está destinada a fracasar.⁷⁷

actuales del Poder Judicial y tampoco se ha producido una bibliografía apropiada de la naturaleza, los órganos, las atribuciones y el funcionamiento del Poder Judicial en nuestra región”, *El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano*, cit., p. 7. En el mismo sentido, Fix-Fierro apunta que “sobre el Poder Judicial en México no existen sino muy escasos estudios que utilicen una perspectiva no jurídica, o no exclusivamente jurídica. Mucho menos se han analizado los cambios recientes en el Poder Judicial a la luz de los procesos de reforma política y de liberalización económica de los últimos quince años”, “Poder judicial”, en González, Marfa del Refugio y López Ayllón, Sergio (eds.), *Transiciones y diseños institucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, p. 167.

76 De hecho, como sostiene acertadamente Fix-Fierro, las reformas que si se han realizado en el sector de la justicia no se han llevado a cabo de forma planeada y sistemática; “Poder Judicial”, p. 206.

77 Como señala Edgardo Buscaglia, “Si los países de América Latina aspiran a seguir fortaleciendo sus instituciones democráticas y a llevar adelante sus reformas económicas, la necesidad de un sistema judicial eficaz es cada vez más imperativa”, “Los principales obstáculos de la reforma judicial en América Latina”, en Jarquín, Edmundo y Carrillo, Fernando (eds.), *La economía política*

El descubrimiento de los vínculos necesarios entre reforma económica y construcción de un Estado de derecho se ha producido tarde y mal. Tarde porque han tratado de modernizarse los sistemas jurídicos una vez que las reformas de carácter económico ya estaban realizadas, cuando lo correcto hubiera sido lo contrario, es decir, reformar primero las estructuras del Estado de derecho para de esa forma poder ofrecer un marco jurídico adecuado a la apertura económica. Mal porque, incluso desde un punto de vista teórico, prácticamente nunca se había reparado en la importancia de las instituciones jurídicas — incluyendo a los poderes judiciales — como instrumentos al servicio de la seguridad de los intercambios comerciales, y eso ha provocado que las reformas hayan sido bastante erráticas, por no decir francamente desafortunadas. Los conflictos socialmente relevantes nunca se habían solucionado por vías estrictamente jurídicas y, por tanto, el Poder Judicial nunca había tenido un papel político relevante.⁷⁸ La situación, sin embargo, apenas parece empezar a cambiar.⁷⁹

Las líneas maestras de las reformas al Poder Judicial dentro del marco general de la reforma del Estado pueden sintetizarse en los siguientes cinco puntos:⁸⁰ a) mejoras en la administración

de la reforma judicial, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo, 1997, p. 31; en el mismo sentido, Martínez Neira, Néstor Humberto, "Los diez pecados de la reforma judicial... y algunos anatemas", en Lüders, Rolf y Rubio, Luis (coords.), *Estado y economía en América Latina. Por un gobierno efectivo en la época actual*, México, CIDAC-M. A. Porrúa, 1999, pp. 315-317.

78 Carrillo, Fernando, "El BID y la reforma de los sistemas de justicia", en Jarquín y Carrillo, *op. cit.*, p. 453; del mismo autor, "Una década de reforma a la justicia", en *ibidem* (ed.), *Democracia en déficit. Gobernabilidad y desarrollo en América Latina y el Caribe*, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo, 2001.

79 De hecho, justamente, "La ausencia de presión popular exigiendo la reforma judicial, observada en toda América Latina, puede ser explicada por el hecho de que, en muchos casos, los tribunales se han convertido en mecanismos irrelevantes para la resolución de los conflictos", Buscaglia, "Los principales obstáculos...", *cit.*, p. 44.

80 Buscaglia, "Los principales obstáculos...", *cit.*, p. 34. Véase también Carrillo, "Una década...", *cit.*, pp. 269 y 270.

de justicia; *b)* fortalecimiento de la independencia judicial; *c)* desarrollo de mecanismos alternativos de resolución de controversias; *d)* mejora de la educación legal de los jueces, abogados y del público en general, y *e)* creación de nuevos canales para que vastos sectores de la población, ahora excluidos, tengan acceso a la justicia. Desde luego, no todos estos aspectos comportan o requieren la realización de reformas constitucionales pero conviene tenerlos presentes para poder generar una especie de “mapa institucional” de las modificaciones y objetivos que se quieren lograr en el terreno del Poder Judicial, de forma que se eviten las reformas parciales o contradictorias. Vamos a examinar brevemente cada uno de estos puntos.

A) El Poder Judicial debe ser concebido, dentro del marco de un Estado eficiente, como un servicio público de la mayor relevancia para la población. En este sentido, jueces y tribunales deben funcionar de tal modo que generen *confianza* en los usuarios de los servicios de la justicia. En períodos de gran desconfianza hacia el Poder Judicial los ciudadanos de algunos países de América Latina han desistido masivamente de ir a los tribunales para buscar las soluciones de sus problemas.⁸¹ El tema de la confianza está muy relacionado también con el de la legitimidad. Si los tribunales no cuentan con márgenes prudentes de confianza por parte de los ciudadanos, lo más probable es que encuentren severas resistencias hacia sus actuaciones (por ejemplo, al momento de ejecutar las sentencias).

Para lograr la eficiencia mencionada deben hacerse modificaciones al modelo de gestión de los asuntos judiciales;⁸² en muchos juzgados todavía se sigue trabajando con métodos administra-

81 Tales son los casos de Argentina, Ecuador y Venezuela; Buscaglia, “Los principales obstáculos...”, *cit.*, p. 44, nota 19.

82 Fix-Fierro, *Courts and Efficiency*, *cit.*, pp. 158 y ss.

tivos propios del siglo pasado.⁸³ Las innovaciones tecnológicas todavía no han logrado penetrar a la mayoría de las pesadas burocracias judiciales.

En este punto no se requieren en México reformas constitucionales, sino un recambio de las políticas públicas y las pautas organizativas dentro del Poder Judicial federal y de los poderes judiciales locales.⁸⁴

B) La independencia judicial es un prerequisito para el adecuado funcionamiento de la justicia.⁸⁵ Si no hay independencia de los jueces lo más probable es que todos los asuntos en los que existan “intereses” —tanto económicos como políticos— por parte de algún otro poder o de algún particular no se resuelvan de forma imparcial, provocando entre otras cosas, una quiebra notable del principio de igualdad de todos los ciudadanos frente a la ley.

Los jueces deben estar sujetos únicamente a las leyes, manteniéndose extraños a los intereses de las partes en conflicto (esto es, justamente, la imparcialidad).⁸⁶ Para lograr su independencia los jueces deben estar institucionalmente separados de los demás poderes, es decir, el Poder Ejecutivo no debe tener sus propios tribunales sino que la función de aplicar las normas generales a

83 Al respecto véase, por ejemplo, Cueto Álvarez de Sotomayor, Luis, “La motivación del personal: el factor humano en la administración de justicia”, *Jueces para la democracia. Información y debate*, Madrid, núm. 33, noviembre de 1998, pp. 71 y ss.

84 Algunas sugerencias pertinentes sobre el tema se encuentran en Concha Cantú, Hugo A. y Caballero, José Antonio, *Diagnóstico sobre la administración de justicia en las entidades federativas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.

85 Sobre el concepto de independencia judicial puede verse, entre otros, Otto, Ignacio de, *Estudios sobre el Poder Judicial*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989, pp. 57 y ss.; en general, Simon, Dieter, *La independencia del juez*, Barcelona, Ariel, 1985.

86 Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, prólogo de Norberto Bobbio, 5a. ed., Madrid, Trotta, 2001, p. 580.

los casos concretos de forma obligatoria debe pertenecer por entero a órganos formal y materialmente judiciales.

La vertiente tradicional de la independencia de los jueces ha sido hacia fuera del propio Poder Judicial. En muchos países, sin embargo, queda pendiente la construcción de la “independencia interna”, que consiste en que cada juez y cada magistrado no sea presionado por las instancias superiores para decidir de determinada manera algún caso. Las presiones internas que existen sobre algunos jueces y magistrados no son menores que las que pudieran venir de afuera, si bien no han recibido tanta atención como estas últimas.

En todo lo anterior tiene que ver la integración y competencia del órgano de gobierno del Poder Judicial,⁸⁷ que en México a nivel federal es el Consejo de la Judicatura Federal. Quizá habría que meditar sobre la actual integración del Consejo, así como la subordinación que tiene frente a la Suprema Corte, producto de la (contra)reforma constitucional de junio de 1999,⁸⁸ que hace difícil para los jueces y magistrados federales mantener la “independencia interna” y propicia más bien el regreso a situaciones de clientelismo judicial por la tutela que algunos ministros de la Corte ejercen sobre varios integrantes de la magistratura.⁸⁹

La independencia judicial se protege, en buena medida, al contar con buenos sistemas de capacitación y selección de los miembros del Poder Judicial.⁹⁰

87 Véanse las interesantes observaciones, referidas al caso español, de Andrés Ibáñez, Perfecto, “Poder Judicial y juez en el Estado constitucional. El sistema de consejo”, *La experiencia jurisdiccional: del Estado legislativo al Estado constitucional de derecho*, Madrid, CGPJ, 1999; dentro de esa misma obra conviene revisar también el ensayo de Alessandro Pizzorusso, “Medio siglo de Poder Judicial en Italia”, pp. 89 y ss.

88 Sobre ella, Carbonell, Miguel, “Poder Judicial y transición a la democracia: la reforma de 1999”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 97, enero-abril de 2000, pp. 329 y ss.

89 Cossío, José Ramón, *Jurisdicción federal y carrera judicial en México*, México, UNAM, 1996.

90 Véase Atienza, Manuel, “Virtudes judiciales”, en Carbonell, Miguel et al. (comps.), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, México (en prensa).

C) Los métodos alternativos de solución de controversias, tales como la mediación, el arbitraje, la amigable composición, etcétera, deben ser fortalecidos como una forma de descargar de trabajo a los tribunales y de propiciar soluciones más rápidas, baratas y efectivas para los particulares. Obviamente, siempre deben respetarse ciertos principios para evitar caer en el extremo de “negociar” la aplicación de la ley cuando se está en presencia de intereses fundamentales de la sociedad. Hay intereses generales que no pueden estar sujetos a negociación, pero hay intereses privados sobre los cuales las partes podrían perfectamente ponérse de acuerdo sin tener la necesidad de acudir ante un juez y desarrollar la enorme cantidad de trámites que hay que desahogar en un proceso jurisdiccional.

Este punto quizás pueda ser atendido con reformas legales; si así fuera, obviamente, no se requeriría una reforma constitucional en la materia.

D) La mejora de la educación legal es también indispensable para poder acometer con éxito cualquier reforma judicial. Los ciudadanos deben conocer sus derechos; los jueces y abogados deben mejorar en mucho sus niveles de técnica jurídica.⁹¹ Para ello es necesario promover un cambio desde las propias facultades de derecho.⁹² Desde los niveles teóricos hay que modificar los esquemas intelectivos con los que se enseña y se aprende derecho. Si se revisan los principales libros de texto con los que se estudian varias ramas del derecho se verá lo anticuados y poco adecuados

91 Véase Laveaga, Gerardo, *La cultura de la legalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999.

92 Sobre la enseñanza del derecho, Carbonell, Miguel, “La enseñanza del derecho en México. Vientos de cambio y oscuridades permanentes”, *Documento de trabajo*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, abril de 2002.

a la realidad que resultan. Por ejemplo, varios de los textos de derecho constitucional con los que se estudia en la mayoría de escuelas y facultades de derecho del país fueron escritos antes de las grandes mutaciones que ha tenido el Estado en los últimos años. En esa medida, es obvio que tratan de explicar una realidad que ya no existe (y que quizá nunca ha existido), y en consecuencia son obsoletos para tratar de aplicar la Constitución en la práctica. Se necesita una renovación profunda de todo el material de carácter teórico con el que se transmite y reproduce el conocimiento jurídico.

En este punto no se requieren de reformas constitucionales.

E) Finalmente, el tema del acceso a la justicia es uno de los mayores retos pendientes en la reforma a la justicia.⁹³ Las crecientes condiciones de desigualdad y marginación sociales se han traducido también en una desigualdad frente a la ley.⁹⁴ El aparato judicial, en general en buena parte de América Latina, no ha podido tener una presencia efectiva en la totalidad del territorio de los países, de modo que un primer obstáculo para el acceso a la justicia es simplemente de carácter físico. Por otro lado, los altos costos de una buena asistencia jurídica y los derivados del propio desarrollo de un proceso impiden en la realidad que la mayoría de la población solucione sus problemas acudiendo a los tribunales. Incluso una vez que se llega a ellos, las desi-

93 Para el caso de México, véase Fix-Fierro, Héctor y López Ayllón, Sergio, "El acceso a la justicia en México. Una reflexión multidisciplinaria", en Valadés, Diego y Gutiérrez, Rodrigo (coords.), *Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, t. I, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 111 y ss.

94 Véase Garro, Alejandro M., "Access to justice for the poor in Latina America", en Méndez, Juan E. et al. (eds.), *The (un)rule of law and the underprivileged in Latin America*, Indiana, Notre Dame University Press, 1999, pp. 278 y ss.

gualdades sociales tienden a reproducirse, de forma que las personas de menos ingresos normalmente se ven sometidos a procesos más lentos y costosos en comparación con aquellas que cuentan con mayores posibilidades económicas.⁹⁵

La solución al problema del acceso a la justicia no es fácil, pero podrían intentarse algunas reformas sectoriales que contribuyeran a disminuir ante los tribunales las crecientes desigualdades sociales que se han producido como resultado de un modelo económico profundamente injusto. Concretamente, podría ampliarse la legitimación activa en varios procesos jurisdiccionales (en el amparo para poder dar entrada a violaciones de derechos difusos o colectivos, en las acciones de inconstitucionalidad para que pudiera plantearlas la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, y así por el estilo).

El reto de mejorar nuestros sistemas de justicia para poder lograr un verdadero Estado de derecho va a ser uno de los principales del Estado mexicano en el siglo XXI. Para ello, además de todo lo señalado anteriormente, debemos construir también un nuevo modelo de juez. Quizá no sobraría recordar la descripción de las cualidades del juez que hizo Thomas Hobbes en el *Leviathan*. De acuerdo con Hobbes, las cosas que hacen de un hombre un buen juez son: 1) “un recto entendimiento de esa principal ley de la naturaleza humana llamada equidad”, que depende no

de la lectura de los escritos de otros hombres, sino de la bondad de la propia razón natural de un hombre y de su capacidad de reflexión...; 2) un desprecio por las riquezas y honores innecesarios; 3) la capacidad, a la hora de juzgar, de despojarse de todo miedo, la dignación, odio, amor y compasión, 4) paciencia para escuchar; diligente atención a lo que oye, y memoria para retener, digerir y aplicar lo que se ha oído.

95 Buscaglia, *op. cit.*, p. 45.

Para llegar a ese modelo de juez va a ser necesario despejar y rebatir tres de las principales falacias que existen en México sobre el Poder Judicial: *a)* la primera falacia es que el juez no crea derecho sino que se limita a aplicar las leyes hechas por el legislador;⁹⁶ *b)* la segunda es que el juez no resuelve controversias políticas y que, por tanto, no participa de la lucha política nacional (aquí se confunde de forma notable lo político con lo partidista),⁹⁷ y *c)* la tercera falacia, producto de las dos anteriores, es que el juez es axiológicamente neutro con respecto a los casos que resuelve y en relación con el resto del entramado político y social.⁹⁸

No hay que olvidar que detrás de todas las instituciones hay hombres y mujeres que con su empeño o con su negligencia aplican o tuercen la ley y la justicia. Las instituciones no funcionan por sí solas, sino que se requieren grandes esfuerzos de quienes en ellas laboran para vencer las inercias, comodidades y prebendas que por tantos años han supuesto la inaplicación de las leyes y la venta de la justicia al mejor postor. Frente a ello debe imponerse hoy en día una renovada ética de la función judicial, propiciando que los jueces se sientan vinculados ante todo y sobre todo por la ley, pero no una ley inanimada que se pueda aplicar fría y neutralmente, sino una ley comprometida con los mejores valores de la democracia: una ley que tenga como objetivos fundamentales la igualdad, el pluralismo, la tolerancia, el bien común, en fin, una ley que atienda a la justicia en sus más diversas modalidades.

96 Sobre este punto la literatura existente es verdaderamente abrumadora; de entre lo más reciente que se ha escrito puede verse Asís, Rafael de, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, prólogo de Gregorio Péces Barba, Madrid, Marcial Pons, 1995.

97 Veánsese, al respecto, las brillantes observaciones —como todas las suyas— de Otto, Ignacio de, *Estudios sobre el Poder Judicial*, cit., pp. 76 y ss.

98 La relación entre el Estado del bienestar y la naturaleza “política” de la función jurisdiccional (y en tanto que política, no neutral) ha sido puesta de manifiesto, muy correctamente, por Héctor Fix-Fierro, “Poder Judicial”, cit., p. 169.

El reto, obviamente, es de proporciones gigantescas. La situación de crisis permanente que afecta al Poder Judicial en México no es exclusivo de este país.⁹⁹ Por el contrario, se trata de un fenómeno que se encuentra presente en muchos países y cuyos diagnósticos y soluciones son muy variados. De lo que no cabe duda es que, hoy como nunca, el Poder Judicial constituye una parte central dentro del debate político contemporáneo y una pieza estratégica en la llamada “reforma del Estado”.

Para ir logrando un mejor funcionamiento del Poder Judicial dentro del Estado mexicano creo que podrían considerarse las siguientes sugerencias.

2. *Eliminación del principio de relatividad de las sentencias de amparo*

Una propuesta de cambio que puede emprenderse en el corto plazo es la derogación del principio de relatividad de las sentencias de amparo, conocido como “fórmula Otero” y contenido en la fracción II del artículo 107 constitucional. Dicha fracción, en su primera parte, tiene el siguiente texto: “La sentencia (de amparo) será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare”.¹⁰⁰

De acuerdo con ese precepto, la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica general (ley, tratado, reglamento, etcétera) que realicen los órganos competentes del Poder Judicial de la Federación dentro de un juicio de amparo no tendrá efectos generales, beneficiando por tanto solamente a la parte que pro-

99 Véase Fix-Fierro, Héctor, *Courts and Efficiency. A General Investigation with Evidence from three Continents*, tesis doctoral, Universidad de Bremen, Alemania, 1998, con abundantsísima bibliografía.

100 La misma disposición se recoge, con algunas variantes, en el artículo 76 de la Ley de Amparo.

movió el juicio de garantías pero dejando subsistente el acto para los demás gobernados a los que les sea aplicable.

La eliminación de la “fórmula Otero” ha sido demandada desde hace muchos años y con muy interesantes argumentos por juristas como Héctor Fix-Zamudio.¹⁰¹ Sin embargo, el principio de relatividad también tiene sus defensores, quienes incluso sostienen que es justamente debido a esta fórmula que se ha salvado el juicio de amparo, porque de otro modo el Poder Judicial federal no habría podido resistir las “presiones” de los otros poderes.

Para entender cabalmente el debate vale la pena tratar de sintetizar los argumentos principales de cada una de las posturas.

En contra de la eliminación de la “fórmula Otero” se esgrimen las siguientes razones:¹⁰²

A) Se dice que de dotar de efectos *erga omnes* a las resoluciones de amparo el Poder Legislativo quedaría supeditado al Judicial, lo que provocaría el desequilibrio entre los poderes del Estado.¹⁰³

Con respecto a este punto vale la pena recordar que, como señala Fix-Zamudio,

...la intervención de los tribunales en la delicada función de proteger las disposiciones constitucionales contra extralimitaciones de cualquier autoridad, incluyendo las legislativas, no ha produ-

101 Véase, por ejemplo, su trabajo “La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo”, en Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, pp. 183 y ss.

102 Otras razones en el mismo sentido, aunque referidas más a los debates generales sobre la justicia constitucional y sobre los alcances del poder de los jueces que a las razones que se han esgrimido dentro de la experiencia constitucional mexicana, han sido expuestas por Fix-Zamudio, “La declaración general...”, cit., pp. 210 y ss.

103 Burgoa, Ignacio, *El juicio de amparo*, 29a. ed., México, Porrúa, 1992, p. 276.

cido los conflictos políticos que se vaticinaban, sino todo lo contrario: se ha establecido una corriente de comprensión entre los órganos legislativos y los judiciales, debido a la labor eminentemente técnica y delicadamente equilibradora de los segundos.¹⁰⁴

Es importante destacar que en este supuesto no se trata de una oposición entre órganos del poder; no es que litiguen entre sí el Poder Judicial y el Legislativo. Por el contrario, lo que sucede es que se da una confrontación entre lo previsto en la Constitución y lo realmente actuado por el Poder Legislativo; por tanto, no es que el Judicial anule por sí y ante sí un acto de otro poder, es la Constitución la que lo hace, imponiéndose de esta forma a todos los poderes, incluyendo al Judicial pues sus resoluciones en todo caso deben estar dictadas conforme al texto de la Constitución.¹⁰⁵

Bajo ese mismo argumento, entonces tampoco sería válido que los jueces anularan los actos del Poder Ejecutivo (con efectos frente a todos) porque también —en esa misma lógica— se estaría vulnerando el principio de división de poderes y creando una potencial situación de enfrentamiento entre los órganos de poder público. Hoy el funcionamiento de la realidad política de muchos países, como lo señala Fix-Zamudio en el texto ya transscrito, desmiente esta postura y afianza día a día la legitimidad y la necesidad de los órganos de la justicia constitucional.¹⁰⁶

104 "La declaración general...", cit., p. 214.

105 Buena parte del debate reciente sobre el papel del Poder Judicial en los países democráticos ha sido recogido en Tate, Neal C. y Vallinder, Torbjörn (eds.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York-London, New York University Press, 1995 (es especialmente recomendable la lectura de los dos ensayos de los editores que sirven de introducción y de conclusión a los textos del libro: "The global expansion of judicial power: the judicialization of politics" y "Judicialization and the future of politics and policy", respectivamente).

106 Un panorama de las relaciones entre los órganos de la jurisdicción constitucional y los demás poderes (y concretamente entre los Tribunales Constitucionales y el Poder Legislativo) puede verse en Aja, Eliseo (ed.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998. Un planteamiento novedoso —y provocador— sobre el tema puede verse en Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, trad. de Manuel Jiménez Redon-

B) La declaración general de inconstitucionalidad, en caso de instaurarse, podría privar de su vigencia a alguna norma jurídica “cuyos resultados aplicativos en la realidad económica, social, política o cultural de México puedan ser benéficos o convenientes para la colectividad”.¹⁰⁷

Este argumento es totalmente erróneo ya que, en principio, a nadie debe beneficiar un acto inconstitucional; en segundo lugar, si en efecto la aplicación del acto inconstitucional es más benéfica que lo estipulado por la Constitución, entonces lo que hay que hacer es modificar la Constitución y no convalidar con argumentos utilitaristas la subversión del sistema jurídico; en tercer término, ¿puede alguien *legítimamente* beneficiarse de actos que sean contrarios a la Constitución y además esgrimir tales beneficios para mantener la “fórmula Otero”? El despropósito de este argumento es de una entidad muy difícil de superar.

C) Finalmente, también se dice que la “fórmula Otero” representa una tradición histórica muy importante que hay que preservar. Por una parte, se sostiene, es heredera del principio clásico de *res inter alios acta* según el cual los efectos de los actos jurídicos deben limitarse a las partes que en ellos intervienen y no afectar a los que no han tenido que ver en una determinada relación jurídica;¹⁰⁸ por otro lado, se considera que es una parte importante de la tradi-

do, Trotta, Madrid, 1998, capítulo VI; algunas observaciones críticas a la postura de Habermas pueden verse en Prieto, Luis, “Tribunal constitucional y positivismo jurídico”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 305 y ss.

107 Burgoa, *op. cit.*, p. 278.

108 Arellano García, Carlos, *El juicio de amparo*, 4a. ed., México, Porrúa, 1998, pp. 385 y 386.

ción jurídica nacional al haberse mantenido vigente durante más de 150 años.

Si este argumento se hiciera extensivo a otras instituciones jurídicas, lo más probable es que nos seguiríamos rigiendo, con suerte, por las “Leyes de Indias”. Se trata del argumento conservador por antonomasia; “nada debe cambiar porque esto siempre ha sido así o lleva mucho tiempo siéndolo”. El valor histórico de una determinada forma de regular la convivencia no puede suponer un obstáculo a la necesidad de cambio; por el contrario, la permanencia de una norma solamente se justifica si persisten las razones que llevaron a su creación y que sirven para justificarla. Si esas razones y esa justificación han desaparecido, no es válido en modo alguno sostener dicha norma con el único argumento de su larga permanencia en el tiempo.

A favor de la supresión de la mencionada “fórmula” suelen citarse las siguientes razones:

- A) Al limitarse la eficacia protectora del amparo al sujeto que actuó dentro de un procedimiento se provoca una importante desigualdad ante la ley, pues la norma declarada constitucional sigue aplicándose a todos aquellos que no promovieron el juicio de garantías.¹⁰⁹ Esto supone la *consagración jurídica de la desigualdad*, pues desde el propio texto constitucional se impone un tratamiento desigualitario a sujetos que se encuentran en los mismos supuestos normativos. En este sentido, se puede sostener que la “fórmula Otero” choca con uno de los principios más elementales de la democracia: aquel de acuerdo con el cual la ley debe tratar a todos los ciudadanos por igual, evitando situaciones que pueden representar una discriminación *de iure* entre ellos.

109 Fix-Zamudio, “La declaración general...”, cit., p. 231.

Sumado a la discriminación jurídica que suponen, a los efectos relativos de las sentencias de amparo también se les achaca el detener el flujo de inversión privada hacia diversos sectores de la economía nacional, pues con tales efectos se mantienen varias facultades del gobierno y la burocracia que son inconstitucionales. Su derogación, se dice, “favorecería el Estado de derecho y la credibilidad de la institución judicial”.¹¹⁰

- B) Al no permitirse la declaración general de inconstitucionalidad se va en contra del principio de economía procesal, pues se obliga a los ciudadanos afectados a tener que seguir promoviendo juicios de amparo contra leyes que han sido declaradas inconstitucionales un sinnúmero de veces. Esto supone una carga añadida para el Poder Judicial federal que va en detrimento de una pronta y expedita administración de justicia. De hecho, se ha llegado al absurdo de que para el caso de algunas leyes como la reglamentaria de los artículos 4o. y 5o. constitucionales en materia de profesiones, el juicio de amparo se considera un trámite más (como llenar un formulario, entregar unas fotografías o pagar en el banco los derechos correspondientes) dentro de los que había que cumplir para que a los extranjeros les fuera expedida su cédula profesional.¹¹¹
- C) Finalmente, un tercer argumento importante es que con la “fórmula Otero” se burla de forma ostensible el principio de supremacía constitucional, pues se condiciona la superioridad de la carta magna al hecho de promover y ganar un amparo; es decir, para todos aquellos que por ignorancia, por falta de recursos o por no haber podido superar los innumerables tecnicismos consagrados en la Ley de Amparo no han podido obtener una sentencia favorable de los

¹¹⁰ Rubio, Luis, “Un marco institucional obsoleto”, *El mercado de valores*, Nacional Financiera, México, año LIX, núm. 10/99, octubre de 1999, pp. 47 y 48.

¹¹¹ El ejemplo, en verdad esperpéntico, es narrado por Fix-Zamudio, “La declaración general...”, cit., pp. 231 y 232.

jueces federales, la supremacía constitucional es puro papel mojado, pues se les siguen aplicando las leyes, reglamentos o tratados que ya han sido considerados inconstitucionales.

La supremacía constitucional no puede limitarse a las partes que participaron en un juicio, sino que debe ser concebida como una fuerza irresistible que arrastra a las normas inconstitucionales fuera del ordenamiento jurídico; de otra manera la Constitución no sería en realidad una norma suprema, sino una norma cuya superioridad estaría sujeta a que se realizaran una serie de variables en ausencia de las cuales valdrían más las otras normas (que se supone están por debajo de ella dentro de la construcción jerárquica del ordenamiento). Hans Kelsen, al construir su magnífica teoría del control de constitucionalidad (mismo que, en su visión, debía de llevar a cabo un tribunal constitucional separado del Poder Judicial ordinario), justificaba la necesidad de dicho control con las siguientes palabras: “Una Constitución en la que los actos inconstitucionales y en particular las leyes inconstitucionales se mantienen válidos — sin poder anular su inconstitucionalidad— equivale más o menos, desde un punto de vista estrictamente jurídico, a un deseo sin fuerza obligatoria ”.¹¹² Lo mismo viene a decir, años después y con otras palabras, Luigi Ferrajoli cuando afirma que “una Constitución puede ser avanzadísima por los principios y los derechos que sanciona y, sin embargo, no pasar de ser un pedazo de papel si carece de técnicas coercitivas — es decir, de *garantías*— que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo ”.¹¹³

Obviamente, no bastaría con remover sin más la “fórmula Otero”, sino que haría falta también que dicha supresión se acompañara de disposiciones que regularan de forma adecuada

¹¹² *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 95.

¹¹³ *Derecho y razón*, trad. de Perfecto Andrés *et al.*, 5a. ed., Madrid, Trotta, 2001, p. 852.

los efectos generales de las sentencias de amparo. Fix-Zamudio propone que la declaración general la pueda realizar exclusivamente el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y que se requiera para ello que el criterio de inconstitucionalidad de la norma general en cuestión se constituya como jurisprudencia firme en los términos de la Ley de Amparo y de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Una vez que se reúnan los requisitos para integrar jurisprudencia, el criterio de la Suprema Corte se publicaría en el *Diario Oficial de la Federación* y la norma general declarada inconstitucional quedaría sin efecto alguna para el futuro, “sin perjuicio —agrega el propio Fix-Zamudio— de su desaplicación en los juicios de amparo en los cuales surgió la cuestión respectiva”.¹¹⁴

A pesar de las buenas razones que puedan existir para derogar la “fórmula Otero”, en una encuesta levantada por solicitud de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en junio de 1994, entre abogados de toda la República (y que, hasta donde entiendo, nunca fue publicada), a la pregunta “¿Está usted a favor de los efectos relativos del amparo o cree que debería tener efectos derogatorios generales?”, el 41.9% de los encuestados se mostró “totalmente a favor” de los efectos relativos, y un 26.6% simplemente “a favor”. Por el contrario, un 17.5% dijo estar “a favor” de los efectos derogatorios generales y un escaso 3.4% “totalmente a favor de los mismos”.¹¹⁵

Estos datos vienen a reiterar, como sucede con el tema de la reelección inmediata de diputados y senadores, la necesidad de realizar una explicación mucho más detenida de las consecuencias benéficas que traería la derogación de la “fórmula Otero”, así como de los perjuicios que su mantenimiento conlleva.

Esta propuesta queda evidentemente sin sentido si se acepta la que se encuentra en el apartado siguiente, referida a la creación de un tribunal constitucional.

114 “La declaración general...”, cit., p. 233.

115 He podido consultar una copia de la encuesta mencionada gracias a la gentileza de Mario Melgar Adalid.

3. Creación de un tribunal constitucional distinto de la Suprema Corte

Otra modificación de carácter institucional que podría darse en los próximos años es la creación de un tribunal constitucional, distinto y separado de la jurisdicción ordinaria que ejercen la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el resto de los órganos del Poder Judicial Federal.¹¹⁶

Las reformas que en los últimos años ha tenido la Suprema Corte la han acercado al modelo kelseniano de tribunal constitucional; sin embargo, todavía faltan algunos aspectos para consolidar dicha tendencia.¹¹⁷

En la actualidad, el diseño institucional del Poder Judicial federal y, en consecuencia, el sistema de control de la constitucionalidad que prevé la Constitución de 1917, presentan diversas deficiencias. Una de ellas es que existen más de un centenar de tribunales colegiados de circuito,¹¹⁸ todos ellos dotados de facultades para emitir jurisprudencia obligatoria, es decir, para crear precedentes vinculantes para la resolución de casos futuros. Las contradicciones de criterios entre estos tribunales son una nota común en la jurisdicción federal, con lo que se crea una gran inseguridad jurídica y no pocos perjuicios concretos para quienes tienen que resolver sus controversias ante los tribunales.¹¹⁹ Se ha

116 Josep Colomer incluye a la creación de un tribunal constitucional dentro de las condiciones para que en México exista una mejor gobernanza democrática; *Reflexiones sobre la reforma política en México*, cit., p. 14.

117 Fix-Fierro, Héctor, "La defensa de la constitucionalidad en la reforma judicial de 1994", en Varios autores, *La reforma constitucional en México y Argentina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996.

118 Los datos en López Ayllón, Sergio y Fix-Fierro, Héctor, "Tan cerca, tan lejos, Estado de derecho y cambio jurídico en México (1970-1999)", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 97, enero-abril de 2000, p. 197. En el informe de labores de 1999 del presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se da cuenta de la existencia de 117 tribunales colegiados de circuito (anexo estadístico, p. 7).

119 En la encuesta de junio de 1994 aplicada a abogados de toda la República, mencionada en el punto anterior, a la pregunta; "¿qué tan importantes son

llegado al absurdo de que los asuntos se ganen o se pierdan dependiendo del circuito judicial en el que se litiguen, o incluso dentro del mismo circuito, dependiendo del Tribunal Colegiado que conozca del caso.

El mecanismo para solucionar las contradicciones de tesis que prevén tanto la Constitución como la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y la Ley de Amparo se ha vuelto obsoleto por la lentitud de la Suprema Corte al resolver las contradicciones y, sobre todo, porque dichas resoluciones ya no pueden beneficiar a los casos concretos de los que surgieron.¹²⁰

El problema de las contradicciones de tesis se ha visto acutado a partir de la reforma constitucional del 11 de junio de 1999 en la que se establece que la Suprema Corte podrá remitir, por medio de acuerdos generales, asuntos de su competencia a los tribunales colegiados. Es decir, estos tribunales podrán decidir en última instancia sobre cuestiones no solamente de mera legalidad sino también de constitucionalidad en sentido estricto, con lo cual se atomiza el control constitucional y se aumenta la gravedad — por razón de la materia de que puede tratar — de las contradicciones de criterios jurisprudenciales.¹²¹

Otra consideración a favor de la creación de un tribunal constitucional es de carácter personal o subjetivo y se basa en la distinta formación y sensibilidad que deben tener quienes resuelven

las contradicciones de tesis entre los tribunales colegiados?", 57.5% de los encuestados consideró que "muy importantes" y 22.4% que "algo importantes". Opiniones diversas manifestaron 12.2% de los encuestados, quienes consideraron "poco importantes" esas contradicciones y 3.6% que las tenía por "nada importantes".

120 Sobre el tema, Plascencia Villanueva, Raúl, *Jurisprudencia*, México, McGraw-Hill-UNAM, 1997, entre otros.

121 Cossío, José Ramón, "La Suprema Corte y la teoría constitucional", *cit.*, y Carbonell, Miguel, "Poder Judicial y transición a la democracia: la reforma judicial de 1999", *cit.*, pp. 329-350; *ibidem*, "La reforma judicial de 1999", *Ars Iuris. Revista del Instituto de Documentación e Investigación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, México, núm. 21, 1999, pp. 271-282.

cuestiones de legalidad o de “constitucionalidad refleja”¹²² y aquellos que lo hacen de temas verdaderamente constitucionales. Como recuerda Louis Favoreau:

Los tribunales constitucionales, a diferencia de las jurisdicciones ordinarias, no están compuestos por magistrados de carrera que han accedido a su puesto como resultado de ascensos regulares y progresivos. La designación de los miembros de los tribunales no obedece a los criterios tradicionales... los orígenes de los miembros son muy parecidos, compartiendo la característica principal de la importante proporción de profesores universitarios. A este último respecto, por lo demás, puede señalarse que no se trata de una casualidad, pues en los países considerados la independencia de los profesores de universidad es mayor que la de los magistrados.¹²³

En términos parecidos se expresaba, ya en 1959, Otto Bachof, cuando sostenía lo siguiente:

La labor, llena de responsabilidad, de la interpretación normativa de la Constitución y de protección de su sistema de valores, necesita una instancia especializada de estas cuestiones, requiere personas de notoria experiencia en cuestiones de derecho y de práctica constitucionales; una experiencia —en definitiva— que no tiene el juez ordinario, ni puede tenerla. También requiere esta función un órgano con un carácter totalmente representativo que pueda decidir por sí solo con suficiente autoridad cuestiones de

122 Los asuntos de “constitucionalidad refleja” son aquellos que devienen en problemas constitucionales no porque se discuta sobre la confrontación de un acto o una ley con cierto precepto de la Constitución, sino porque al violar algún precepto jurídico secundario (de cualquier nivel y jerarquía) vulneran a la vez, de forma indirecta, el principio de legalidad de los artículos 14 y 16 constitucionales.

123 *Los tribunales constitucionales*, trad. de Vicente Villacampa, prólogo de Marc Carrillo, Barcelona, Ariel, 1994, pp. 29 y 30. Véase, en el mismo sentido pero aplicado al caso español, las afirmaciones de Manuel Aragón en la introducción de su libro *Estudios de derecho constitucional*, Madrid, CEPC, 1998, p. 13.

tan trascendentales consecuencias políticas. Se necesita, pues, un tribunal constitucional especial.¹²⁴

La reforma judicial de 1994 incorporó como ministros de la Suprema Corte mayoritariamente a personas que provenían de la “carrera judicial”, es decir, formadas en el conocimiento más de los asuntos de legalidad que de verdadera constitucionalidad y por tanto, en palabras de Favoreau, menos independientes que los profesores universitarios. Obviamente, Favoreau seguramente buscaba resaltar la poca ascendencia democrática de los jueces españoles, italianos, portugueses y alemanes que se habían incorporado a sus cargos durante la época de las diversas dictaduras y regímenes autoritarios que vivieron, con mayor o menor duración temporal, en sus respectivos países, con lo cual su hipótesis – en opinión de alguno de los aludidos – no sería aplicable a México. Lo cierto es que la cultura judicial mexicana también parece ser muy afín a los rasgos autoritarios del propio sistema político, y, en principio, no hay base empírica alguna que permita concluir que solamente los funcionarios judiciales no participaron de las características de un sistema que, visto globalmente, tenía y sigue teniendo muy marcadas características autoritarias. Hay varias denuncias – incluso recientes – de organismos no gubernamentales de derechos humanos que señalan la complicidad del sistema judicial en violaciones graves de las garantías individuales, por ejemplo, a través de la aplicación de criterios interpretativos que merman o limitan severamente las posibilidades de defensa de los procesados.¹²⁵

124 *Jueces y Constitución*, Madrid, Civitas, 1985, p. 55.

125 Human Rights Watch, en su informe 2001 (que analiza los hechos sucedidos en el año precedente) afirma que “Las deficiencias en la administración de justicia fueron de hecho una preocupación importante. Los agentes del Ministerio Público ignoraron con frecuencia los abusos policiales y también fabricaron directamente pruebas, y la supervisión judicial de su trabajo fue seriamente inadecuada. Los tribunales aceptaron pruebas obtenidas mediante violaciones a los derechos humanos, lo que incluyó registros ilegales, y los jueces citaron precedentes legales que menoscabaron las garantías de los derechos humanos”; el informe se puede consultar en www.hrw.org.

El enfrentamiento que en el pasado reciente han protagonizado la Suprema Corte y el Consejo de la Judicatura Federal ha demostrado, entre otras cuestiones, la necesidad (algo obvia, pero que en México hace falta repetir una y otra vez) de nombrar para ciertos cargos a personas que tengan las calificaciones necesarias para ocuparlos, de forma que las instituciones no se vean superadas por las “ambiciones, mediocridades y frustraciones”.¹²⁶

Por otra parte, al crear un tribunal constitucional distinto de los órganos del Poder Judicial ordinario podrían también introducirse nuevos mecanismos de control de la constitucionalidad, por ejemplo, la llamada “cuestión de constitucionalidad”.¹²⁷ Por medio de este proceso los jueces ordinarios pueden plantear ante el tribunal constitucional una eventual duda que tengan sobre la conformidad a la Constitución de algún ordenamiento que deban aplicar.

Al crear en el sistema jurídico mexicano la cuestión de constitucionalidad se solucionaría el dilema de la “doble vinculación” del juez a la ley y a la Constitución. Actualmente, si un juez del fuero común advierte que en el transcurso de un proceso sometido a su competencia tiene que aplicar una ley que pudiera ser inconstitucional, no puede dejar de aplicarla, aún violando la Constitución, pues de lo contrario podría caer en algún supuesto de responsabilidad. Con la cuestión de constitucionalidad se evita que los jueces del fuero común, que evidentemente no son jueces constitucionales y que, en esa medida, no podrían declarar la inconstitucionalidad de una ley y proceder a su inaplicación a un caso concreto —a pesar de la confusa conceptualización que hace la parte final del artículo 133 de la Constitución de 1917 y de la todavía más confusa jurisprudencia de la Suprema Corte sobre el tema

126 Carpizo, Jorge, “Méjico: ¿hacia una nueva Constitución?” en su libro *Nuevos estudios constitucionales*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 277; del mismo autor, “Otra reforma constitucional: la subordinación del Consejo de la Judicatura Federal”, en el mismo libro, pp. 477-486.

127 Corzo Sosa, Edgar, *La cuestión de inconstitucionalidad*, prólogo de Manuel Aragón, Madrid, CEPC, 1998.

del llamado control constitucional difuso –, violen la Constitución, al tiempo que también se logra que sigan manteniendo su deber de sujeción a las leyes. La prohibición del control difuso se encuentra recogida, por ejemplo, en los siguientes criterios:

CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN. El texto expreso del artículo 133 de la Constitución federal pre viene que: “Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los estados”. En dicho sentido literal llegó a pronunciarse la Suprema Corte de Justicia; sin embargo, la postura sustentada con posterioridad por este alto tribunal, de manera predominante, ha sido en otro sentido, tomando en cuenta una interpretación sistemática del precepto y los principios que conforman nuestra Constitución. En efecto, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia carta magna para ese efecto, novena época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, t. X, agosto de 1999, tesis: P/J. 74/99, p. 5.

CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES . Del artículo 133 de la carta magna, se deriva el principio de su premacía constitucional, según el cual una norma secundaria contraria a la ley suprema, no tiene posibilidad de existencia dentro del orden jurídico. Asimismo, se desprende de dicho numeral, el llamado control difuso del código político que implica el que todo juzgador, federal o local, tiene el indeclinable deber de preferir la ley de leyes a cualquier otra aplicación de normas secundarias que la contrarién; es decir, toda vez que la Constitución es la ley suprema, ningún precepto puede contradecirla y como a los juzgadores les corresponde interpretar las leyes para decir el derecho, a la luz de ese numeral cimero, éstos tienen el inexcusable deber

de juzgar de conformidad o inconformidad de la ley secundaria con la fundamental, para aplicar o no aquélla, según que al código político le sea o no contraria. El control difuso de la constitucionalidad de las leyes, no ha sido aceptado por la doctrina jurisprudencial. Los tribunales de amparo se han orientado por sostener que, en nuestro régimen de derecho debe estarse al sistema de competencias que nos rige, según el cual sólo el Poder Judicial de la Federación puede hacer declaraciones de inconstitucionalidad y no tiene intervención alguna la justicia local en la defensa jurisdiccional de la Constitución aun en el caso del artículo 133 de la misma, en relación con el 128 del propio ordenamiento, que impone a los juzgadores la obligación de preferir a la Ley Suprema, cuando la ley del estado o local la contraría, ya que, de acuerdo con los artículos 103 de la ley suprema y primero de la Ley de Amparo, la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, es de la competencia exclusiva de los Tribunales Federales de Amparo, y los tribunales locales carecen en absoluto de competencia para decidir controversias suscitadas con ese motivo. Ahora bien, aun cuando el Tribunal Fiscal de la Federación, no sea un tribunal local; sin embargo, también carece de competencia para decidir sobre cuestiones constitucionales, ya que es un tribunal sólo de legalidad, en los términos del Código Fiscal de la Federación y de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, por lo que, de conformidad con el artículo 104 del precepto cimero, sólo compete al Poder Judicial federal juzgar de las controversias que surjan contra los actos de los demás poderes de la Unión y si bien el mismo precepto prevé la existencia de tribunales administrativos, pero cuyas resoluciones o sentencias pueden ser revisadas, en último extremo, por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, iría contra la división de poderes que establece el artículo 49 constitucional, que el Tribunal de Anulación en México tuviese competencia para conocer de la constitucionalidad de una ley expedida por el Poder Legislativo, ya que el Poder Ejecutivo, a través de "su tribunal", estaría juzgando actos emitidos por el Poder Legislativo. En estas condiciones, no le asiste razón a la quejosa en el sentido de que, en los términos del artículo 133 multicitado, el Tribunal Contencioso Administrativo debió examinar el concepto de nulidad donde planteaba el argumento relativo a la "ineficacia" de la Ley Orgánica de la Admi-

nistración Pública Federal por carecer del refrendo de los Secretarios de Estado, a que se refiere el artículo 92 de la carta magna ya que el Tribunal Fiscal carece de competencia para pronunciarse sobre tales cuestionamientos porque el argumento de mérito no es, en absoluto, de contenido meramente legal, aun cuando el requisito del refrendo también se encuentre contemplado en una ley ordinaria, sino que alude a la constitucionalidad de dicha ley, pues si se sostuviera que la misma es "ineficaz" por carecer del refrendo, como pretende la quejosa, la consecuencia sería su no aplicabilidad en el caso concreto por ser contraria a la ley suprema, cuestionamiento que, lógicamente, es de naturaleza constitucional, sobre el cual el Tribunal Contencioso Administrativo no puede pronunciarse, octava época, tribunales colegiados de circuito, Semanario Judicial de la Federación, t. III, segunda parte-1, enero a junio de 1989, p. 228.¹²⁸

Con la creación del Tribunal Constitucional, además de lo ya dicho, podría mejorarse el régimen de las acciones de inconstitucionalidad y el de las controversias constitucionales, que actualmente tienen algunas carencias,¹²⁹ así como reunir bajo un solo órgano el control genérico de constitucionalidad y el control en materia electoral.¹³⁰

128 Véanse también, sobre este punto, las observaciones de Cárdenas, Jaime, "Remover los dogmas", *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, México, núm. 6, enero-junio de 2002, pp. 30-36.

129 Fix-Fierro, Héctor, "La reforma judicial de 1994 y las acciones de inconstitucionalidad", *Ars Iuris*, México, núm. 13, 1995; Cossío, José Ramón, "Artículo 105", en Varios autores, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, 16a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, t. IV, y Carbonell, Miguel, "La nueva acción de inconstitucionalidad en México: régimen actual y posibles perspectivas de cambio", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Valencia, núm. 14-15, invierno-primavera de 1996, entre otros.

130 Cabe recordar que, a partir de la reforma constitucional del 22 de agosto de 1996, el control de legalidad (e incluso de constitucionalidad en algunos supuestos) en materia electoral se ejerce por un órgano especializado del Poder Judicial de la Federación, llamado justamente Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (véase el artículo 99 constitucional).

En cuanto a este último punto, como se sabe, actualmente el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación también lleva a cabo funciones de control de constitucionalidad de leyes electorales en la medida en que, según ha considerado el mismo Tribunal, puede dejar de aplicar leyes electorales contrarias a la Constitución cuando conozca de algún recurso o juicio de su competencia; obviamente, al poder decidir *no aplicar* una ley, el Tribunal de alguna forma está juzgando a esa ley que considera contraria al texto constitucional. Lo anterior se desprende de la siguiente tesis jurisprudencial, dictada por la Sala Superior del propio Tribunal Electoral:

TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.
TIENE FACULTADES PARA DETERMINAR LA INAPLICABILIDAD DE LEYES SECUNDARIAS CUANDO ÉSTAS SE OPONGAN A DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES. De una interpretación teleológica, sistemática y funcional de los diferentes artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que contienen las bases fundamentales rectoras de la jurisdicción electoral, se desprende que el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación está facultado por la carta magna para decidir el conflicto de normas que en su caso se presente, y determinar que no se apliquen actos o resoluciones combatidos por los medios de impugnación que corresponden a su jurisdicción y competencia, los preceptos de leyes secundarias que se invoquen o que puedan servir para fundarlos, cuando tales preceptos se oponen a las disposiciones constitucionales; esto con el único objeto de que los actos o resoluciones impugnados en cada proceso jurisdiccional de su conocimiento se ajusten a los lineamientos de la ley fundamental y se aparten de cualquier norma, principio o lineamiento que se les oponga, pero sin hacer una declaración general o particular en los puntos resolutivos, sobre la inconstitucionalidad de las normas desaplicadas, limitándose únicamente a confirmar, revocar o modificar los actos o resoluciones concretamente reclamados en el proceso jurisdiccional de que se trate...¹³¹

131 *Informe anual 1997-1998*, México, TEPJF, pp. 197 y ss.; véase, sin embargo, la tesis recaída al proceso de contradicción de tesis 2/2000, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* junio de 2002, pp. 81 y ss.

Al crearse el Tribunal Constitucional, a la Suprema Corte le quedarían fundamentalmente dos competencias muy importantes. En primer lugar, la de unificar la jurisprudencia de los tribunales colegiados de circuito en materia de legalidad y de toda la interpretación de la Constitución que no derive en cuestionamientos de validez constitucional de las leyes.¹³² En segundo término, el conocimiento de los recursos de “supercasación”, que tendría atribuido en algunos casos, por razón de la cuantía o de la novedad interpretativa que pudieran suponer.¹³³

Un ejemplo interesante sobre la regulación competencial que podría tener un futuro tribunal constitucional en México puede encontrarse en el caso del tribunal constitucional de Bolivia; la Ley número 1836 del 10. de abril de 1998 regula la composición y competencias de ese órgano.¹³⁴ De particular interés resulta su artículo 7o. que señala lo siguiente:

Son atribuciones del Tribunal Constitucional, conocer y resolver conforme a la Constitución y la presente ley:

A) Los recursos directos o abstractos de inconstitucionalidad de leyes, decretos y resoluciones de cumplimiento general no vinculadas a un proceso judicial o administrativo.

132 Hay que recordar que, aun en sistemas jurídicos que establecen un control de constitucionalidad concentrado, los jueces pueden y deben aplicar la Constitución. Lo único que no pueden hacer, al realizar dicha interpretación, es dejar de aplicar las leyes a las que están vinculados. Véase Aragón, Manuel, “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, *Estudios de derecho constitucional, cit.*, pp. 163 y ss.

133 Es importante dejar muy bien definidas las competencias del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria y las del futuro tribunal constitucional, pues en varios países se han dado tensiones y enfrentamientos entre ambos órganos debido justamente a la delimitación precisa de estos aspectos. Para un primer acercamiento al tema, enfocado al caso español, Rubio Llorente, Francisco, “Sobre la relación entre tribunal constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional”, *La forma del poder*, Madrid, CEC, 1993, pp. 463 y ss.

134 Para una explicación de esa ley véase Fernández Segado, Francisco, *La jurisdicción constitucional en Bolivia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002. La Ley 1836 ha sufrido algunas modificaciones menores —en todo caso no relevantes para el presente ensayo— por virtud de la Ley 1979 del 24 de mayo de 1999.

B) Los recursos indirectos o incidentales de inconstitucionalidad de leyes, decretos y cualquier género de resoluciones no judiciales.

C) Los recursos de inconstitucionalidad contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones de cualquier naturaleza, creados, modificados o suprimidos en contravención a la Constitución.

D) Los conflictos de competencia y controversias que se susciten entre los poderes públicos, la Corte Nacional Electoral, los departamentos y los municipios.

E) Las impugnaciones del Poder Ejecutivo a las resoluciones camarales, prefecturales y municipales contrarias a la Constitución.

F) Los recursos directos de nulidad contra los actos o resoluciones de quienes usurpan funciones que no les competan o ejerzan jurisdicción, potestad o competencia que no emane de la ley.

G) Los recursos contra resoluciones del Poder Legislativo o de una de sus cámaras, cuando tales resoluciones afecten uno o más derechos o garantías concretas, cualesquiera sean las personas afectadas.

H) La revisión de los recursos de habeas corpus y amparo constitucionales.

I) Las consultas del presidente de la República, del presidente del Congreso Nacional y del presidente de la Corte Suprema de Justicia sobre la constitucionalidad de proyectos de ley, decretos o resoluciones. La declaración del Tribunal Constitucional es obligatoria para el órgano que efectúa la consulta.

J) Las demandas respecto a procedimientos contrarios de reforma de la Constitución.

4. *Cuestiones varias*

Antes de terminar el apartado referido al Poder Judicial me gustaría hacer una referencia breve a algunas otras cuestiones menores, que podrían atenderse quizás en un segundo momento, puesto que su importancia no es tan notoria como los puntos que acaban de enunciarse. Se trata de cuatro temas que quedarán simplemente anotados, sin profundizar en ellos en esta ocasión.

En primer término, hay que apuntar que es correcto continuar con la no determinación constitucional de un porcentaje mínimo del presupuesto federal para el Poder Judicial de la Federación. No haría falta señalarlo en una obra que intenta examinar lo que la Constitución *sí* debería contener y no aquello que *no* convendría incluir, si no fuera porque en los últimos tiempos se han expresado diversos puntos de vista al respecto, en mi opinión, un tanto precipitados sobre el tema.

La determinación en el texto constitucional de un porcentaje mínimo para el Poder Judicial (se ha hablado de porcentajes que van del 2% al 6%, cuando en la actualidad apenas alcanza el 1%), es un despropósito en México por varias razones: *a)* la primera es que los porcentajes que se han mencionado como requeridos son del todo excesivos si se toman en cuenta los sueldos astronómicos que ya se cobran en la actualidad en el Poder Judicial federal, particularmente en el caso de los ministros de la Suprema Corte, de los consejeros de la Judicatura Federal y de los magistrados del Tribunal Electoral, así como de su personal de apoyo directo; *b)* en segundo lugar, si algún sector social merece contar con esa protección presupuestal establecida constitucionalmente es el de los derechos fundamentales,¹³⁵ pero no algún órgano público; en otras palabras, ¿cómo es posible que no exista un umbral presupuestario mínimo para los derechos a la vivienda, a la salud o a la educación y sí se imponga para tutelar a los funcionarios judiciales?; *c)* para sostener el mismo punto de vista, contrario a los vínculos presupuestales a nivel constitucional pueden esgrimirse también cuestiones de orden pragmático: dichas disposiciones pueden ser, y lo son con relativa frecuencia según demuestra la experiencia comparada, perfectamente incumplidas; como señala Fernando Carrillo,

135 Véase las observaciones de Ferrajoli, "Los fundamentos de los derechos fundamentales" en la obra colectiva del mismo nombre, Madrid, Trotta, 2001, p. 375.

...en el caso concreto de las rentas con destinación específica a la justicia, o se vuelven incumplibles para el Ejecutivo o se convierten en la gran excusa para demostrar que quien incumple es la judicatura misma, por la ineficiencia del gasto o por la imposibilidad de ejecutar un considerable volumen de recursos. Bajo ninguna de estas circunstancias se consolida la independencia del Poder Judicial.¹³⁶

La evidencia empírica parece acreditar la opinión de Carrillo en lo que respecta al no cumplimiento de la asignación correspondiente fijada en la Constitución para los poderes judiciales en América Latina. De una muestra de seis países de la región que contaban con ese tipo de previsión, con datos de 1994, se desprende que en ninguno de ellos se dio cumplimiento al mandato constitucional.¹³⁷

Además, en términos generales conviene reiterar, como lo hacen los que más conocen del tema, que la responsabilidad de las determinaciones presupuestales debe recaer por completo en los legisladores; en este sentido se ha sugerido que “no se establezca en la Constitución, como algunos especialistas han recomendado, compromisos de gastos, de modo que los representantes se responsabilicen directa e integralmente de las decisiones presupuestales”.¹³⁸

En relación con lo anterior, conviene modificar o derogar el último párrafo del artículo 100 constitucional a fin de que no sea un sólo individuo (su presidente) el que administre libremente el presupuesto de la Suprema Corte. Debe existir un régimen de responsabilidades compartidas dentro de la Corte, de tal forma que el manejo presupuestal se lleve a cabo de forma colegiada, con

136 Carrillo Flores, Fernando, “Una década de reforma de la justicia en América Latina”, *cit.*, p. 263.

137 Correa Sutil, Jorge, “Judicial reforms in Latin America: good news for the underprivileged?”, en Méndez, Juan E., O’Donnell, Guillermo y Pinheiro, Paulo S. (eds.), *The (un)rule of law and the underprivileged in Latin America*, p. 272.

138 Gutiérrez, Lujambio y Valadés, Diego, *El proceso presupuestario y las relaciones en los órganos del poder*, *cit.*, p. 162.

lo que pueden disminuirse las tentaciones de arbitrariedad y dispéndio. También con esa medida puede disminuir la posibilidad de que el presidente de la Corte pueda generar algún tipo de clientelismo con los demás ministros o con el personal de la misma Corte.

En tercer lugar, habría que ponderar la necesidad de que los órganos jurisdiccionales que actualmente tienen autonomía constitucional (el caso de los tribunales agrarios por virtud del mandato del artículo 27, fracción XIX de la Constitución) o que operan en la órbita del Poder Ejecutivo (tribunales contencioso-administrativos, juntas de conciliación y arbitraje, tribunales de conciliación y arbitraje, etcétera), se incorporen formalmente al Poder Judicial, como desde hace tiempo ha señalado un sector importante de la doctrina y como han prometido algunos partidos políticos en sus plataformas de campaña. No hay justificación alguna para que el Poder Ejecutivo tenga "sus propios tribunales". Todos los órganos que ejercen funciones jurisdiccionales deben de estar formal y materialmente dentro del Poder Judicial, de forma que sus integrantes tengan el mismo estatuto profesional que los miembros de la judicatura.

En cuarto y último lugar, la Constitución debería incorporar algunos mecanismos procesales nuevos para defender los derechos fundamentales. En este sentido, debería tenerse presente la acción de tutela colombiana, que quizá sea la innovación procesal-constitucional más interesante de los últimos años en América Latina.¹³⁹ También podría pensarse en alguna acción del tipo *habeas data*, que se correspondiera desde el punto de vista procesal con el derecho sustantivo a la privacidad de los datos personales y a la prohibición de comercializar bases de datos.¹⁴⁰

139 Para una primera aproximación, Cifuentes Muñoz, Eduardo, "La jurisdicción constitucional en Colombia", en García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997.

140 El ejemplo argentino en la materia quizás pueda ser de interés para México; al respecto ver, por ejemplo, Gozaini, Osvaldo Alfredo, "La ley argentina de protección de datos personales y *habeas data*", en Ferrer MacGregor, Eduard-

Desde el punto de vista procesal, es mucho lo que todavía puede hacerse en México para mejorar la defensa de la Constitución, tanto por lo que hace a la defensa de los derechos fundamentales, como por lo que respecta a la división de poderes.

IV. TERCERA SECCIÓN. OTRAS REFORMAS NECESARIAS AL TEXTO CONSTITUCIONAL

1. *El Distrito Federal y el procedimiento de reforma a la Constitución*

Uno de los mayores defectos de la Constitución de 1917 quizá sea el de la falta de sintonía que tienen sus preceptos luego de los cientos de reformas que han sufrido. Un ejemplo claro se encuentra en el tratamiento (o mejor dicho, en el no tratamiento) que el artículo 135 constitucional le da al Distrito Federal dentro del procedimiento de reforma constitucional.

Como se sabe, no ha sido sino hasta fechas bien recientes que el Distrito Federal ha podido elegir a sus propias autoridades. El proceso de reformas al estatuto jurídico del Distrito Federal comienza en 1987 y sigue con las importantes modificaciones de 1993 y 1996.¹⁴¹ A pesar de los avances que esas reformas han supuesto, algunos autores señalan la transitoriedad de las mismas en la medida en que todavía no se logra, ni de lejos, una consideración semejante a la que tienen el resto de las entidades federativas.¹⁴²

do (coord.), *Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, 2001; Dalla Via, Alberto y Basterra, Marcela, *Habeas data y otras garantías constitucionales*, Buenos Aires, Némesis, 1999.

141 Sobre ellas, Ríos Estavillo, Juan José, "Artículo 122", *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada*, cit., t. V. En general, sobre las discusiones actuales de la reforma política del Distrito Federal puede verse el número monográfico sobre el tema de la revista *Diálogo y debate de cultura política*, México, núms. 5 y 6, julio-diciembre de 1998.

142 En este sentido, Arteaga Nava, Elisur, *Derecho constitucional*, México, Oxford University Press, 1999, p. 469.

Pues bien, a pesar de que en virtud de los cambios mencionados los ciudadanos del Distrito Federal ya pueden elegir a su propio Poder Ejecutivo local (jefe de gobierno) y a su Poder Legislativo local (Asamblea Legislativa del Distrito Federal), todavía no se le considera como participante dentro del procedimiento de reforma a la Constitución federal.

En efecto, el artículo 135 constitucional dispone que para modificar las normas de la carta magna se requiere el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes del Congreso de la Unión y la aprobación de “la mayoría de las legislaturas de los Estados”.¹⁴³ Esta disposición excluye de participar en el procedimiento de renovación del ordenamiento constitucional al órgano representativo de la capital del Estado, pero además prolonga la especie de *minusvalía política* que durante tantos años ha afectado a los habitantes del Distrito Federal.

Esa *minusvalía*, impuesta constitucionalmente, representa un grave déficit democrático de la carta fundamental, pues de hecho está negando las posibilidades de participación en las grandes decisiones nacionales a un porcentaje importante de la población del país. Según datos del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI), para 1995 el Distrito Federal tenía poco menos que 8.5 millones de habitantes, sobre un total nacional de 91.1 millones, es decir, la población del Distrito Federal representa casi el 10% de todos los habitantes del país.¹⁴⁴ Obviamente, no hay que subrayar la poca ascendencia democrática de un Estado que hasta hace pocos años ni siquiera permitía que los ciudadanos de la capital eligieran a sus propios gobernantes locales y que todavía en la actualidad no permite que los representantes electos por el voto popular de 1 de cada diez ciudadanos participen en la toma de decisiones — como son, sin duda,

143 Una descripción del procedimiento de reforma constitucional en México se encuentra en Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, cit., pp. 251 y ss.

144 Anuario Estadístico de los Estados Unidos Mexicanos 1997, México, INEGI, 1998, pp. 10 y 11.

las reformas constitucionales— que les van a afectar y que, en definitiva, les interesan.

En vista de lo anterior y dejando por ahora de lado las cuestiones lógicas que el tema conlleva,¹⁴⁵ debería de modificarse el artículo 135 constitucional para incluir en el procedimiento de reforma constitucional a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

La participación de *todas* las entidades que conforman una Federación en el proceso de revisión constitucional es una nota permanente en el derecho constitucional comparado, al grado de que dicha participación sirve para definir uno de los rasgos esenciales de la forma “federal” de Estado (por ejemplo, para distinguirla de la forma “regional” de Estado).¹⁴⁶

2. *Las relaciones entre el derecho federal y el derecho local*

Una de las cuestiones que en la actualidad no están correctamente definidas dentro del texto constitucional es la relativa a la distribución de competencias entre los distintos niveles de gobierno. Originalmente, la Constitución había establecido un modelo de federalismo “dual” en el que existían varias esferas competenciales perfectamente separadas y definidas: la federal, la de las entidades federativas, la municipal y, más recientemente, la del Distrito Federal.¹⁴⁷ Sin embargo, en los últimos años se han agregado en el texto constitucional una serie importante de materias de carácter concurrente, es decir, materias que deben ser realizadas por más de uno de los cuatro niveles de gobierno que establece la propia Constitución.¹⁴⁸

¹⁴⁵ Carbonell, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México, cit.*, pp. 248 y ss.

¹⁴⁶ Groppi, Tania, *Federalismo e costituzione. La revisione costituzionale negli stati federali*, Milán, Giuffrè, 2001.

¹⁴⁷ La regulación de cada uno de estos ámbitos competenciales se encuentra, como se sabe, en los artículos 73, 115, 117, 118, 122 y 124 de la Constitución de 1917, principalmente.

¹⁴⁸ Para un panorama general del sistema federal mexicano, Carbonell, Miguel,

Con tales modificaciones se ha cambiado el modelo de federalismo dual por un modelo (no concluido, pero que parece irse afirmando en las más recientes reformas constitucionales) más cercano al “federalismo cooperativo”, tomando el ejemplo, en algunos aspectos, del federalismo alemán.¹⁴⁹ Sin embargo, el paso hacia el federalismo cooperativo no ha sido precisado claramente en el texto constitucional, razón por la que se han generado no pocas controversias constitucionales, así como dudas y resistencias en el ejercicio de algunas competencias y en el reparto de los fondos económicos necesarios para llevarlas a cabo.

En esa virtud, creo que se hace necesario acometer las siguientes modificaciones constitucionales:

- A) Cambiar el actual sistema de distribución competencial entre Federación y entidades federativas para que la Federación pueda tener un ámbito competencial abierto, tal como hoy en día lo establece el artículo 124 para las entidades federativas. De ese modo, debería incorporarse a nivel constitucional una lista de materias básicas en las que las entidades federativas tendrían competencia exclusiva. El resto de materias, así como —lo que es muy importante— las materias nuevas, corresponderían a la Federación.
- B) Crear una lista clara de las materias concurrentes, precisando que en ellas el Congreso de la Unión tendría la facultad principal —aunque no única— de establecer la “legislación-marco”, y las entidades federativas, los municipios y el Distrito Federal, tendrían facultades principalmente de reglamentación y ejecución administrativas. En este punto

Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México, cit., pp. 64 y ss.

¹⁴⁹ Alberti Rovira, E., *Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana*, Madrid, CEC, 1986; Vogel, Juan J., “El régimen federal en la Ley Fundamental”, en varios autores, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, IVAP-Marcial Pons, 1996.

el modelo puede tomarse de los artículos 20 y siguientes de la Constitución alemana de 1949.

- C) Establecer un sistema de “federalismo asimétrico” de forma que, en el supuesto de que una entidad federativa no tuviera la posibilidad económica o política de realizar alguna atribución exclusiva o concurrente, la Federación desarrollara esa atribución, hasta en tanto la respectiva entidad federativa pudiera hacerse cargo de la misma. Hay que reconocer sin ambages que no todas las entidades federa-tivas tienen las mismas posibilidades económicas y que su desarrollo político y social es bastante desigual. En este contexto, no es una fórmula muy realista el otorgar a todas las entidades sin distingo las mismas competencias. La pro-gresividad del reconocimiento competencial puede ser de mucha ayuda para varias entidades federativas y, sobre todo, para sus habitantes, que actualmente sufren con el desempeño precario que tienen sus autoridades locales. Es interesante, en este punto, lo establecido por los artículos 143 y siguientes de la Constitución española de 1978.

3. Federalizar las elecciones

Otro punto que podría ser reformado tiene que ver con la organización de las elecciones. Concretamente, creo que podría disponerse por la Constitución que todas las elecciones fueran organizadas por el Instituto Federal Electoral y que todas las impugnaciones en la materia pudieran ser conocidas por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Ambas instituciones, en lo general, han demostrado su alto grado de profesionalismo y tienen la confianza de la ciudadanía y de los principales actores políticos, cosa que no sucede con todos los órganos electorales locales.

La duplicación de las estructuras electorales a nivel federal y a nivel local, no parece tener mucho sentido si se revisan los calendarios electorales, mismos que mantienen durante un buen tiempo ociosa a la estructura electoral de ambos niveles.

Por otro lado, ya en la actualidad el Instituto Federal Electoral desempeña varias de las tareas esenciales para la organización de las elecciones locales, como lo relativo al padrón electoral, a la credencial para votar con fotografía, etcétera.¹⁵⁰

4. Ampliación de la competencia de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos ha sufrido diversas transformaciones en su estatuto jurídico y organizativo desde su surgimiento en 1990.¹⁵¹ Creo que es momento de que su competencia sea ampliada para contemplar, fundamentalmente, dos aspectos:

- A) En primer lugar la ya mencionada posibilidad de que pueda interponer acciones de inconstitucionalidad; en este sentido, se requeriría de una adición a la fracción II del artículo 105 constitucional.
- B) En segundo lugar, debería quitarse la prohibición de que la CNDH conozca de quejas en contra del Poder Judicial de la Federación. Desde luego, la CNDH podría conocer solo de quejas de naturaleza administrativa, no propiamente de los aspectos que tengan que ver con el desempeño jurisdiccional de fondo. La actuación de la figura del *ombudsman* en el ámbito judicial no es algo inédito en el derecho comparado;¹⁵² al contrario, lo que resulta extraño

¹⁵⁰ En el mismo sentido, Carbonell, José, *El fin de las certezas autoritarias...*, cit., p. 238.

¹⁵¹ Carpizo, Jorge, *Derechos humanos y ombudsman*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998.

¹⁵² Véanse las valiosas aportaciones que se encuentran reunidas en la obra colectiva *El ombudsman judicial*, México, CNDH, 1993. También pueden resultar de interés los puntos de vista recogidos en la revista *Ius et Praxis. Derecho en la región*, Talca, 2001, año 7, núm. 1 (número monográfico sobre el “Defensor del ciudadano o defensor de los derechos humanos en América Latina y el proyecto chileno”).

más bien es el caso de México, cuya Constitución incorporó la prohibición señalada en virtud de la presión que en su momento ejercieron los ministros de la Suprema Corte, que veían ---y siguen viendo, al menos en un caso concreto--- a la CNDH como una amenaza al desempeño discrecional y en ocasiones arbitrario de sus funciones. Para llevar a cabo la modificación que se propone hay que reformar el artículo 102, apartado B constitucional en su párrafo primero.

Donald C. Rowat apunta las ventajas de que los tribunales sean supervisados por el *ombudsman*:¹⁵³ a) la supervisión la hace alguien de fuera, de modo que no puede haber sospechas de que los jueces se protegen entre ellos; b) los *ombudsmen* no pueden coartar la independencia de la judicatura para tomar decisiones, pues no pueden echar abajo o alterar la decisión de un tribunal; c) los *ombudsmen* solamente se ocupan de cuestiones de procedimiento, sin que puedan intervenir en el contenido de las decisiones judiciales, y d) respecto al comportamiento de los jueces, los *ombudsmen* solamente hacen amonestaciones o críticas.

5. La reforma del ministerio público

La figura del ministerio público es una de las más tradicionales dentro del derecho mexicano. Su regulación fundamental se encuentra en la actualidad en los artículos 21 y 102 apartado A, ambos de la Constitución. De la interpretación de esos preceptos cabe destacar en este momento dos características centrales de la institución del ministerio público: por un lado, que ostenta el monopolio de la acción penal con los matices que enseguida se explicarán; por otro, que el procurador general de la República, que según el artículo 102 constitucional “preside” el ministerio público Federal, depende jerárquicamente del presidente de la Re-

¹⁵³ “La supervisión del *ombudsman* en las cortes”, en *El ombudsman judicial, cit.*, pp. 71 y 72.

pública, puesto que se encuentra orgánicamente adscrito al Poder Ejecutivo Federal.

Conviene apuntar que cualquier propuesta de reforma que se haga en torno al ministerio público, se inserta en un debate más amplio que se relaciona con las exigencias que muchas veces se plantean al proceso penal, que se ha ido constituyendo como una vía alternativa a la obligación del Estado de lograr un mínimo de cohesión social y de seguridad pública. De ser un instrumento de defensa para evitar la violencia del delincuente sobre la víctima y de la familia de la víctima sobre el delincuente a través de la venganza privada,¹⁵⁴ *el proceso penal ha pasado a ser un crudo instrumento de control social, que en no pocas ocasiones ha sido reformado en función de resultados o expectativas electorales, sin abordar los verdaderos problemas de fondo que lo aquejan.*¹⁵⁵

En este contexto, hay que tomar en cuenta que, como señala Perfecto Andrés, “La ubicación institucional del ministerio público y el estatuto orgánico de sus integrantes es un asunto largamente debatido y de una densidad política fácilmente advertible bajo la aparente capa de neutralidad científica de que han solido revestirse las ya tópicas posiciones doctrinales relativas a la naturaleza jurídica del instituto”.¹⁵⁶

En virtud de que las propuestas de reformas que se harán en este punto, atañen tanto a la cuestión del monopolio de la acción penal como a la de la adscripción orgánica del ministerio público, que son dos temas cercanos pero diferentes, conviene hacer un análisis por separado de cada una de ellos.

A. *El monopolio de la acción penal*

A partir de una determinada interpretación del primer párrafo del artículo 21 constitucional en la parte en que señala que “La

¹⁵⁴ En este sentido de forma muy amplia y convincente, Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, 2000.

¹⁵⁵ Andrés Ibáñez, Perfecto, “Por un ministerio público dentro de la legalidad”, Nueva doctrina penal, Madrid, 1998, p. 436.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 437.

investigación y persecución de los delitos incumbe al ministerio público...”, se ha entendido tradicionalmente que el ministerio público ostenta el monopolio de la acción penal; en los hechos esto significa que la única vía de acceso al proceso penal es a través de la resolución que pueda tomar el ministerio público para someter a la consideración de una autoridad judicial un determinado caso. Decimos que se trata de una determinada interpretación del texto constitucional, puesto que una parte de la doctrina ha señalado que hay otra interpretación posible, de acuerdo con la cual la ley ordinaria podría reconocer la legitimación de los particulares para promover acciones de carácter penal ante los jueces.¹⁵⁷ En la práctica ha prevalecido la primera de esas interpretaciones.

Aunque, en consecuencia con lo anterior, el ministerio público todavía conserva el monopolio de la acción penal, recientes reformas constitucionales lo han ido matizando. Una de ellas, la de mayor relevancia, fue la que incorporó un cuarto párrafo al artículo 21 constitucional (publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1994), según la cual “Las resoluciones del ministerio público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por la vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley”. Aunque la regulación legislativa de este párrafo se ha hecho muy lentamente (y en muchas entidades federativas simplemente no se ha hecho), se trata de un avance sustancial para combatir fenómenos de corrupción dentro del ministerio público, ya que anteriormente la única forma de impugnar sus resoluciones de no ejercicio de la acción penal o de desistimiento eran de carácter interno al mismo órgano, lo cual no aseguraba una revisión objetiva e imparcial de dichas resoluciones. La jurisprudencia de los tribunales federales ha ido delineando nuevas formas de control, lo que ha redundado en un cercenamiento de la discrecionalidad que solía imperar en el ámbito de la averiguación previa.

¹⁵⁷ Fix-Zamudio, Héctor, *Función constitucional del ministerio público. Tres ensayos y un epílogo*, México, IIJ-UNAM, 2002, pp. 158 y 159.

Otra reforma que matizó el monopolio de la acción penal del ministerio público es la que incorpora un apartado B al artículo 20 constitucional para establecer los derechos que tienen las víctimas de un acto delictivo, dentro de los procesos penales que deriven de ese acto. De acuerdo con la fracción II del apartado B del artículo 20, la víctima u ofendida tienen derecho a “Coadyuvar con el ministerio público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la averiguación previa como en el proceso, y que se desahoguen las diligencias correspondientes... Cuando el ministerio público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa”.

En ambos casos, las reformas constitucionales que se han mencionado han terminado incorporando a un terreno que anteriormente era exclusivo del ministerio público a otros actores relevantes; en el primer caso a los jueces, al crear un control externo de carácter jurisdiccional para analizar las resoluciones del ministerio público; en el segundo caso a las víctimas u ofendidos, cuyos intereses también están en juego, de muchas maneras, en el marco de una averiguación previa o de un proceso penal.

El paso siguiente que quizá habría que dar va en el sentido de abrir la posibilidad de que sujetos distintos al ministerio público puedan directamente promover una acción penal ante la autoridad judicial correspondiente. Sobre esta importante cuestión Sergio García Ramírez hace las siguientes consideraciones:¹⁵⁸

¿por qué no abrir el espacio para que el particular pueda, en determinadas hipótesis, constituirse en actor penal?... Si alguna vez pareció... necesario que el ofendido... quedase al margen de la acción penal, propiamente, tal vez ahora lo sea de que la reasuma y esgrima directamente ante el órgano jurisdiccional en asuntos de preponderante interés privado... Sería privatización, sí, pero

158 “A manera de prólogo. La obra de Fix-Zamudio y la institución del ministerio público”, en Fix-Zamudio, Héctor, *Función constitucional del ministerio público*, cit., p. 17.

sana y oportuna privatización. Por lo demás, tampoco se trataría de dejar al indiciado a merced del poderoso es decir, agobiado por su propia debilidad, su temor, su ignorancia, su desvalimiento; se podría generar un sistema de acción subsidiaria y necesaria a cargo del ministerio público...

¿Lo anterior requiere o no de una reforma constitucional? La respuesta va a depender de la interpretación que se haga del artículo 21 constitucional; si se interpreta que de dicho artículo se desprende de forma clara e inequívoca el monopolio de la acción penal en favor del ministerio público, entonces la reforma para abrir a otros sujetos la legitimación activa en el proceso penal sí será necesaria; por el contrario, si la interpretación que se haga del artículo 21 no conduce de forma inexorable a concluir que el ministerio público tiene ese monopolio, sino que se trata de una cuestión que puede determinar el legislador en la ley procesal correspondiente, entonces la reforma al artículo 21 no será indispensable. Desde luego, la reforma que se hiciera quitaría cualquier sombra de duda.

En términos generales, puede afirmarse que al dotar de legitimidad activa para promover la acción penal a sujetos diferentes al ministerio público, no se rompe con los principios garantistas del proceso penal, ni con el modelo teórico del proceso acusatorio; al respecto, Luigi Ferrajoli afirma que:

...si la publicidad de la acusación conlleva la obligatoriedad de su ejercicio por los órganos públicos competentes, no implica en modo alguno una titularidad exclusiva, siendo perfectamente compatibles con el modelo teórico acusatorio formas autónomas, libres y subsidiarias de acción popular, dirigidas a integrar la acción del ministerio público en defensa de los derechos e intereses, individuales o colectivos, ofendidos por el delito; a solicitar y, donde sea necesario, a remediar la inercia culpable de los órganos públicos; a permitir la participación y el control popular del ejercicio de la acción penal e indirectamente de la función judicial en su conjunto... la acción penal debe ser, en suma, un deber para

los órganos del poder público y un derecho para los ciudadanos...¹⁵⁹

B. *La ubicación orgánica del ministerio público y la carrera ministerial*

El ministerio público está actualmente ubicado en la esfera orgánica del Poder Ejecutivo Federal, es decir, forma parte de la administración pública centralizada. En consecuencia, el nombramiento del procurador general de la República es una decisión exclusiva del presidente de la República en términos del artículo 89, fracción IX. Fue también la importante reforma constitucional publicada el 31 de diciembre de 1994 que añadió en la Constitución un contrapeso a esa libertad de designación, al disponer que el nombramiento del procurador tenía que ser ratificado por el Senado.

Algunos autores sugieren que es tiempo de avanzar en la línea de darle autonomía constitucional al ministerio público, de forma que ya no dependa del Poder Ejecutivo Federal o de los poderes ejecutivos de las entidades federativas. Se trata de una propuesta muy interesante y que hay que apoyar sin reparos.

Fix-Zamudio explica esta idea con las siguientes palabras:

...es preciso lograr que el ministerio público no dependa jerárquicamente y discrecionalmente del Poder Ejecutivo, tanto en el ámbito federal como de las entidades federativas, y en esta dirección basta pasar revista a los cambios recientes que se observan en varios ordenamientos latinoamericanos, en los cuales o bien se adscribe al ministerio público al Poder Judicial, o bien se le otorga autonomía respecto del Ejecutivo, con el objeto de conferirle una mayor independencia.¹⁶⁰

159 *Derecho y razón*, cit., pp. 569 y 570.

160 *Función constitucional del ministerio público*, cit., p. 171.

Por su parte Sergio García Ramírez afirma de manera muy contundente que:

...ha llegado el tiempo de que el ministerio público se asuma como órgano autónomo del Estado mexicano, como ya lo han hecho otras instituciones con resultados favorables... En mi opinión debiera cumplirse de una vez la independencia de la institución porque existe la necesidad y la posibilidad de hacerlo: un órgano autónomo recorrería con vientos más favorables su misión en el Estado moderno, que es el Estado de hoy. Vale la pena intentarlo. No sería aventura, sino culminación de un ascenso, favorecido por las nuevas circunstancias.¹⁶¹

Concuerdo plenamente con Fix-Zamudio y con García Ramírez; creo que si la alternativa fuera ubicar al ministerio público en el poder judicial o hacerlo un órgano con autonomía constitucional, sería mejor ésta segunda posibilidad para mantener separadas la tarea de investigar los delitos y la de juzgar las conductas presuntamente delictivas. Los modelos con que se puede dotar de autonomía constitucional al ministerio público son bien conocidos en el derecho mexicano; los mejores son los del caso del Instituto Federal Electoral (de acuerdo a lo que establece el artículo 41 fracción III constitucional) o el de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (según el artículo 102 apartado B de la propia Carta Magna).¹⁶²

Junto con la autonomía constitucional debe precisarse, seguramente en una ley y no en la Constitución, el estatuto jurídico de quienes laboran en el ministerio público, creando por una parte una "carrera ministerial", semejante a la carrera judicial que ya existe para quienes se desempeñan como jueces y magistrados, y por otro lado dotando a los agentes del ministerio público de las mismas garantías que tienen los jueces (inamovilidad, re-

161 "A manera de prólogo...", cit. p. 14.

162 Sobre el tema de la autonomía constitucional, Carbonel, Miguel, "Órganos Constitucionales Autónomos" en varios autores, *Diccionario de derecho constitucional*, México, Porrúa, UNAM, 2002, pp. 433-436".

muneración, estabilidad, etcétera).¹⁶³ Podría tomarse quizá el ejemplo de Portugal, en donde existe un Consejo Superior del ministerio público, compuesto mayoritariamente por fiscales, que garantiza la independencia externa y que asegura las mejores condiciones para el acceso a la función ministerial, que en todo caso es a través de concurso público.¹⁶⁴

Me parece que, si se decide emprender esta reforma, quedaría una duda importante por resolver: ¿la policía judicial estaría adscrita orgánicamente al ministerio público autónomo o no? Se trata de una cuestión interesante, ya que hasta donde entiendo, ningún órgano autónomo tiene en México bajo sus órdenes a miembros de las fuerzas de policía. Es un tema importante, sobre todo por sus posibles repercusiones prácticas y que justamente por ello merece ser analizado con el mayor detenimiento. Un principio de respuesta puede encontrarse en el punto de vista de Luigi Ferrajoli, que al respecto ha escrito un lúcido párrafo que se transcribe más adelante.

En un contexto más general, del que México ha padecido los efectos más perversos, hay que decir que la autonomía del ministerio público es necesaria para permitir la eficaz persecución de delitos cometidos desde el poder público. Si se combina la dependencia jerárquica del ministerio público con el monopolio de la acción penal en su favor, se tiene casi el peor de los escenarios posibles para combatir la corrupción, y se incentivan fenómenos de protección de la clase político-partidista en el poder respecto de actos delictivos cometidos por funcionarios públicos o por militantes de la propia fuerza política. Como lo señala Perfecto Andrés:

...repensar seriamente el proceso penal, en particular la posición institucional de los sujetos encargados de gestionarlo y, más todavía, la del responsable del ejercicio de la acción pública, exige dotar a unos y otros de un estatuto que les haga realmente capaces

163 Fix-Zamudio, *Función constitucional del ministerio público*, cit., p. 171.

164 "Por un ministerio público dentro de la legalidad", cit. p. 444.

de actuar con independencia y eficacia, desde la legalidad, sobre las manifestaciones delincuenciales que se produzcan en el interior del propio Estado.¹⁶⁵

Según el mismo autor, como pone en evidencia el caso italiano en los procesos iniciados en el movimiento que fue conocido como *Mani Pulite*, “sólo desde la independencia ha resultado posible hacer frente en la limitada medida que cabe hacerlo, no nos engañemos a la brutal evidencia de una clase política y un Estado masivamente delincuentes”.¹⁶⁶

La dependencia orgánica del ministerio público respecto al poder ejecutivo no asegura el mejor cumplimiento del principio de legalidad, como lo había advertido desde hace décadas Francesco Carrara, quien al respecto sostenía que “si (el fiscal) estuviera encadenado al Poder Ejecutivo, será mentira llamarlo *representante de la ley*, no siendo sino un investigador *representante del gobierno*, que siempre pondrá el *querer de éste* por encima de la *voluntad de la ley*”.¹⁶⁷

La independencia o autonomía del ministerio público, finalmente, encajarían bien en una teoría garantista del derecho, pues como afirma Luigi Ferrajoli, hay que extender a los órganos de la acusación penal:

las mismas garantías de *independencia* y de *sujeción sólo a la ley*, reservadas a los órganos judiciales... lo que se precisa, en garantía de la obligatoriedad de la acción penal y por tanto de su sujeción sólo a la ley, es también la total autonomía del órgano encargado de su ejercicio, frente a cualquier poder o condicionamiento, y, además, la existencia de una policía eficiente, profesionalizada, a su vez libre de las injerencias del ejecutivo o de otros poderes, situada bajo su dependencia...¹⁶⁸

165 *Ibidem*, p. 439.

166 *Ibidem*, p. 463.

167 citado por Andrés Ibáñez, Perfecto, “Por un ministerio público dentro de la legalidad, cit., p. 451.

168 *Derecho y razón*, cit., p. 570.

V. CUARTA SECCIÓN. LA CONSTRUCCIÓN DE UN ESTADO CONSTITUCIONAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO Y LA RENOVACIÓN CONSTITUCIONAL

1. *Vuelta al principio: las claves del Estado constitucional*

Los puntos anteriores suponen o pueden suponer una base mímina para que el Estado mexicano vaya transformándose en los próximos años en un Estado constitucional y democrático de derecho.

La construcción de un Estado constitucional implica una serie importante de condiciones sin las cuales los valores que asume la teoría constitucional contemporánea (libertad e igualdad, principalmente) no pueden darse. Para que una Constitución sea normativa (es decir, para que sea una Constitución y no otra cosa) se requiere, por lo menos, que los actores políticos ajusten su conducta a los postulados constitucionales y que, en caso de no hacerlo así, la Constitución contenga los instrumentos necesarios de defensa para reparar las violaciones que se lleguen a producir.¹⁶⁹ Se da por hecho, además, que la Constitución permite, es-

169 Sobre el concepto de Constitución normativa, Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, trad. de Alfredo Gallego A., 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1976 y García Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, introducción de Manuel Aragón, reimpresión de la 7a. ed., Madrid, Alianza Editorial, 1993; sobre la imposición de la Constitución normativa como único modelo posible en el constitucionalismo de la segunda posguerra, Balaguer Callejón, Francisco, *Fuentes del derecho*, Madrid, Tecnos, 1991, t. I; Otto, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987; Tomás y Valiente, Francisco, "Constitución", en Díaz, Elías y Ruiz Miguel, Alfonso (eds.), *Encyclopedie iberoamericana de filosofía. Filosofía política II. Teoría del Estado*, Madrid, Trotta-CSIC, 1996, Aragón, Manuel, "La Constitución como paradigma", *El significado actual de la Constitución*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998; varios ensayos interesantes sobre el tema se encuentran en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002; finalmente, sobre la defensa de la Constitución, Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento jurídico mexicano*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, con amplia bibliografía complementaria.

timula y protege la existencia de una serie de derechos fundamentales (no solamente de libertad sino también económicos, sociales y culturales) y contiene un esquema de división de poderes que propicie que “el poder frene al poder”, según la conocida fórmula de Montesquieu. Estos dos últimos componentes – la división de poderes y la garantía de los derechos – son el “contenido mínimo” de toda Constitución,¹⁷⁰ y fueron recogidos como tales desde los albores mismos del constitucionalismo, en el conocido artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.¹⁷¹

Las cambiantes condiciones de dominación política con las que el Estado mexicano entra en el siglo XXI¹⁷² y la gravedad de los problemas a los que tiene que hacer frente requieren de un esfuerzo imaginativo (de carácter tanto teórico como práctico) que permita seguir avanzando en el proceso de transición democrática iniciado hace algunos años, pero que sirva también para ir solucionando sin mayor demora algunos de esos problemas. Las propuestas que se han realizado en las páginas anteriores persiguen ese fin, pues buscan resolver algunas cuestiones de ingeniería constitucional y de diseño de instituciones que deben atenderse sin demora en vista del pluralismo político y social que ha caracterizado el escenario público nacional en los últimos años.

Como ha apuntado José María Serna, los procesos de transición democrática en América Latina siempre han ido de la mano

170 Tomás y Valiente, “Constitución”, cit., p. 49.

171 Sobre esa Declaración, Jellinek, Georg, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, trad. de la 2a. ed. alemana y estudio preliminar de Adolfo Posada, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1908 (hay una edición del Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2000); más recientemente, Häberle, Peter, *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, Madrid, Trotta, 1998 y García de Enterría, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid, Alianza, 1994, entre otros.

172 Cossío, José Ramón, *Dogmática constitucional y Estado autoritario*, México, Fontamara, 1998 y sobre todo Cossío, José Ramón, *Cambio social y cambio jurídico*, México, ITAM, M. A. Porrúa, 2001.

con cambios en el diseño de las instituciones y con una corresponsaliente “ingeniería constitucional”;¹⁷³ de lo que se trata entonces es de que México lleve a cabo esos cambios y pueda dejar atrás la etapa de la “transición” para abocarse a los temas de la “consolidación” democrática, que tan lejos se encuentran de una realidad que por momentos parece acercarse a un peligroso retorno autoritario.¹⁷⁴

Para lo anterior es necesario tomarse la Constitución en serio, repensando y mejorando sus contenidos, aplicándola en la práctica y generando una cultura constitucional de la que la nación y sus ciudadanos hoy en día carecen, pero que resulta indispensable para el futuro democrático de México. Como señala Luigi Ferrajoli, “tomar en serio la Constitución, es hoy, siendo realistas, la única clase de batalla democrática... que puede llegar a ganarse”.¹⁷⁵

2. ¿Sirve todavía la Constitución de 1917?

Si se acepta que los puntos anteriores conforman, aunque sea en una brevíssima parte, la agenda del constitucionalismo mexicano de los próximos años, la duda que surge de inmediato es si esos retos pueden ser afrontados y superados con el texto constitucional de 1917 o si es necesario crear una nueva Constitución.¹⁷⁶ La alternativa puede complementarse incluso con una “tercera vía”: la de la reforma integral que ha utilizado, por ejemplo, Argentina en 1994.

173 *La reforma del Estado...*, cit., pp. 13 y ss.

174 Las advertencias sobre el peligro de un “retorno autoritario” fuerte en México se encuentran en el libro de Silva-Herzog Márquez, *El antiguo régimen y la transición en México*, pero se observan también en diversos escritos periodísticos y en comentarios de varios analistas políticos.

175 “El Estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad”, en Andrés Ibáñez, Perfecto (ed.), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, cit., p. 29.

176 El debate académico sobre este punto se encuentra recogido, en muy amplia medida, en el libro colectivo *Hacia una nueva constitucionalidad*, cit.

De esta forma, se tienen tres posiciones posibles.¹⁷⁷ La primera sostiene la pertinencia de seguir con el texto constitucional actual, adecuándolo — si acaso— con pequeños cambios de matiz en virtud, sobre todo, de que la Constitución de hecho ya ha sido sometida a grandes procesos de reforma que han hecho de ella un texto verdaderamente nuevo; en esa medida, lo único que requeriría serían algunas adecuaciones adicionales. Para una segunda postura, se requiere de un cambio total de texto, es decir, se tiene que convocar a un Congreso Constituyente y crear un texto constitucional completamente nuevo.¹⁷⁸ La tercera opción mantiene que se necesitan muchos cambios y muy profundos, pero que pueden ser abordados mediante el mecanismo de reforma constitucional previsto en el artículo 135 de la Carta de Querétaro.

La primera opción, representada por muy eminentes juristas, me parece difícil de sostener. Las razones para ello son bien sencillas: tenemos una realidad social y política que no nos satisface en lo más mínimo; tenemos un texto constitucional en muchos aspectos anacrónico; tenemos derechos que no sabemos como proteger; tenemos arreglos institucionales que son disfuncionales para los equilibrios partidistas que van surgiendo como resultado de la mayor pluralidad política. En suma, tenemos una Constitución que quizás estaba bien para cuando fue creada y que sin lugar a dudas ha servido por años a un régimen político basado en la presencia de un partido hegemónico y de una presidencia hiper-trofiada, pero hoy no existen las condiciones que había en 1917:

177 Las respectivas posturas han sido resumidas por Carpizo, Jorge, "México: ¿hacia una nueva Constitución?", *cit.*, pp. 257-282.

178 En este sentido se manifiestan, por ejemplo, Cárdenas, Jaime, *Transición política y reforma constitucional en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994; *ibidem*, *Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996; *ibidem*, "Hacia una Constitución normativa", *El significado actual de la Constitución*, *cit.*, pp. 93 y ss.; González Oropeza, Manuel, "Una nueva Constitución para México", *El significado actual de la Constitución*, *cit.*, pp. 309 y ss. y Meyer, Lorenzo, *Fin de régimen y democracia incipiente. México hacia el siglo XXI*, México, Océano, 1998, pp. 39-44, entre otros.

la figura del partido hegemónico parece haberse ido para no volver y tenemos una presidencia de la República que tendrá que entrar en un diálogo nuevo (en rigor, inédito) con el Poder Legislativo, pues el presidente de la República no tiene mayoría absoluta en ninguna de las dos Cámaras desde el 1o. de diciembre de 2000. Por ello es que no podemos permanecer con el mismo texto fundamental, a menos que se prefiera correr el riesgo de canalizar el proceso político nacional por vías no jurídicas, de forma que sea innecesaria una regulación constitucional efectiva.

La postura de ir a un nuevo Congreso Constituyente es muy atendible. De hecho, la experiencia comparada demuestra que la mayoría de las transiciones a la democracia que han culminado exitosamente se han otorgado una nueva carta constitucional. La expedición de una Constitución aparece como el sello que clausura una época e inaugura otra. Como ha señalado César Cansino,

...un proceso de democratización concluye cuando se instaura el nuevo ordenamiento institucional democrático. La instauración democrática y la consolidación democrática son, con frecuencia, las fases sucesivas a la transición, en un proceso de cambio de un régimen autoritario a uno democrático. Por instauración democrática se entiende, simplemente, el proceso de establecimiento y aprobación de las nuevas reglas del juego y los procedimientos democráticos... esta etapa puede corresponder con la aprobación de una nueva Constitución nacional o con la realización de las primeras elecciones libres y garantizadas.¹⁷⁹

179 *La transición mexicana 1977-2000*, México, CEPCom, 2000, p. 74; el mismo autor, en referencia al caso de México sostiene que “en la perspectiva de un cambio democrático real parece inevitable llegar al planteamiento de una nueva Constitución, que simbolice y concrete el tránsito definitivo de un régimen de partido hegemónico a un régimen plenamente competitivo, de un presidencialismo fuerte a un presidencialismo acotado, de un Estado de privilegios a un Estado de derecho”, *ibidem*, p. 273. Para abundar sobre las condiciones para la consolidación democrática puede verse Diamond, Larry, *Developing democracy. Toward consolidation*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 1999, con abundante bibliografía complementaria y material empírico comparado.

Sin embargo, para acometer el esfuerzo enorme de reunir a un Constituyente se requieren de un mínimo de precondiciones que el escenario político nacional difícilmente puede suministrar en estos momentos. Los profundos desacuerdos existentes entre los partidos, las posiciones encontradas y claramente antagónicas sobre puntos fundamentales del quehacer nacional y los cálculos electoralistas que hacen las dirigencias partidistas, no ofrecen muchas esperanzas para poder afrontar con éxito la redacción de una nueva Constitución.

La expedición de una Constitución, o incluso simplemente la reforma de uno o varios de sus preceptos, no solamente debe llevarse a cabo cuando sea jurídicamente necesario, sino también cuando sea políticamente posible.¹⁸⁰ Normatividad constitucional y situación política son dos datos que se deben ponderar de forma adecuada a la hora de modificar —con cualquier intensidad y grado— una carta constitucional.

Por otro lado, incluso entre aquellos que sostienen la postura de convocar a un congreso constituyente, y debido en parte a los propios desacuerdos entre los actores principales, la discusión se ha quedado más en *la forma* de llevar a cabo las modificaciones que en los *contenidos posibles* de una nueva Constitución.¹⁸¹ En estas condiciones (en las que es prácticamente imposible lograr acuerdos entre los partidos y en las que ni siquiera a nivel teórico se sabe qué y cómo debe modificarse) no hace falta subrayar los riesgos de convocar a un constituyente. Como escribe Jorge Carpizo, al intentar hacer una nueva Constitución, “se corre el peligro de que se den pasos hacia atrás”.¹⁸²

180 Lo cual no niega el hecho de que una reforma constitucional será políticamente conveniente siempre que resulte jurídicamente necesaria; véase Vega, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1999 (reimp.), p. 92.

181 En este sentido, Cossío, José Ramón, “¿Qué hacemos con la Constitución?”, *Este País*, México, febrero de 1998, p. 22.

182 “México: ¿hacia una nueva Constitución?”, *cit.*, p. 276. A favor de la continuidad constitucional de México, y citando expresamente a Carpizo, se manifiesta también Sartori, *Ingeniería constitucional comparada*, 2a. ed., *cit.*, p. 223.

En consecuencia con lo anterior, creo que de momento y hasta en tanto no cambien las condiciones políticas actuales, la vía quizá más prudente sea la de intentar hacer una gran reforma constitucional (de carácter integral, que incluya alguno o algunos de los puntos señalados en las páginas precedentes de este trabajo)¹⁸³ dentro de las posibilidades que ofrece el texto de 1917 en su artículo 135.¹⁸⁴

Finalmente, con todo, no hay que olvidar que ninguna propuesta teórica podrá sustituir la voluntad política de los poderes públicos para asumir cabalmente los mandatos constitucionales. Sin esa voluntad todas las propuestas e iniciativas quedarán como papel mojado, tal como ha sucedido durante tantos años en México y tal como sigue sucediendo en buena medida en la actualidad.¹⁸⁵ Como diría Norberto Bobbio, “la Constitución no tiene la culpa”,¹⁸⁶ o por lo menos, no tiene *toda* la culpa.

183 Conviene tener presente la necesidad de que la reforma sea en verdad integral, para evitar las contradicciones y falta de sistemática que han arrojado como resultado las reformas a cuenta gotas que hemos tenido en los últimos años; en este sentido, es del todo cierto que “una exigencia mínima en el momento de construir el nuevo entramado político es el de la coherencia. La reforma debe tomar en cuenta que las diversas instituciones (sistema de gobierno, electoral, de partidos, relación Ejecutivo-Legislativo, etcétera) constituyen un todo integrado e interdependiente. En esta materia los meros parches provocan ineficiencia y hasta incentivos equivocados o contrarios. Ante todo, es necesario un exhaustivo ejercicio de *lógica institucional*”, Carbonell, José, *El fin de las certezas...*, cit., p. 181.

184 Ésta parece ser también la postura que se desprende del discurso del presidente de la República del 5 de febrero de 2001 que, entre otras afirmaciones contenía las siguientes: “la forma más leal de honrar hoy la Constitución es procediendo a su revisión integral...”, “formulo un llamado a todos los actores políticos y los poderes públicos, para que reconstruyamos los consensos nacionales en torno a una Constitución renovada”.

185 Carbonell, José, pp. 277 y 278.

186 Véase *Las ideologías y el poder en crisis*, Barcelona, Ariel, 1988, pp. 159 y ss.