



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria

Estudios en homenaje a Jorge Carpizo

ESTADO CONSTITUCIONAL

Tomo IV • Volumen 2

Miguel Carbonell
Héctor Fix-Fierro
Luis Raúl González Pérez
Diego Valadés

Coordinadores



ESTADO CONSTITUCIONAL, DERECHOS HUMANOS,
JUSTICIA Y VIDA UNIVERSITARIA

Estudios en homenaje a Jorge Carpizo

ESTADO CONSTITUCIONAL

Tomo IV
Volumen 2

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 711

Cuidado de la edición y formación en computadora:
Ricardo Hernández Montes de Oca

ESTADO CONSTITUCIONAL, DERECHOS HUMANOS, JUSTICIA Y VIDA UNIVERSITARIA

Estudios en homenaje a Jorge Carpizo

ESTADO CONSTITUCIONAL

Tomo IV
Volumen 2

MIGUEL CARBONELL
HÉCTOR FIX-FIERRO
LUIS RAÚL GONZÁLEZ PÉREZ
DIEGO VALADÉS

Coordinadores



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
MÉXICO, 2015

Primera edición: 10 de marzo de 2015

DR © 2015, Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

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

Impreso y hecho en México

ISBN obra completa: 978-607-02-6302-6

ISBN tomo IV, volumen 2: 978-607-02-6308-8

CONTENIDO

Presentación	IX
Los coordinadores	
Jorge Carpizo, un universitario excepcional.	XI
José NARRO ROBLES	
Situación actual y perspectivas del constitucionalismo latinoamericano	1
Antonio María HERNÁNDEZ	
La fuerza normativa de la Constitución. Tensión entre aplicación y reforma constitucional.	19
Carla HUERTA	
Estado constitucional en la teoría de Jorge Carpizo.	49
Jorge ISLAS	
Régimen constitucional de la materia mercantil o de comercio. . .	69
Pedro A. LABARIEGA V.	
La transición, del autoritarismo a la democracia	121
Julio LABASTIDA MARTÍN DEL CAMPO	
La vocación constitucional	189
José Alejandro LUNA RAMOS	
La reforma constitucional relevante. Libertades fundamentales y control judicial de la Constitución	213
José Miguel MADERO ESTRADA	
La Constitución mexicana: obedézcase pero no se cumpla	243
Jorge MADRAZO	
Francisco MÉNDEZ CELAYA	
Apariencia del buen derecho y la aplicación de medidas cautelares como límite a la libertad de expresión en materia electoral. . .	263
Saúl MANDUJANO RUBIO	

Fenomenología, presidencialismo mexicano y facultades meta-constitucionales.	289
Daniel MÁRQUEZ	
El impulso parlamentario del control de constitucionalidad de los tratados.	317
Aldo Rafael MEDINA GARCÍA	
Nuevas reglas para la suplencia presidencial	347
Mario MELGAR ADALID	
Visión integral de la fiscalización. Jorge Carpizo. Un hombre extraordinario.	385
María de la Luz MIJANGOS BORJA	
Los presidencialismos latinoamericanos	403
Humberto NOGUEIRA ALCALÁ	
Trece mitos y trece respuestas sobre la Reforma Energética	443
Enrique OCHOA REZA	
La responsabilidad del porvenir: reflexiones y digresiones.	467
Arturo OROPEZA GARCÍA	
El constitucionalismo de la crisis y la crisis del constitucionalismo: notas sobre el caso español.	489
Gerardo PISARELLO	
La ideología de la globalización y su realidad	521
Marco REVELLI	
Reforma constitucional y participación ciudadana en México . . .	545
Marcial RODRÍGUEZ SALDAÑA	
Algunas consideraciones sobre las dificultades existentes en la política y el derecho constitucional español para el entendimiento de la reforma constitucional como una operación jurídica limitada. Especial referencia a alguno de los problemas planteados por el artículo 168 de la Constitución de 1978	559
Javier RUIPÉREZ	
Valores constitucionales	637
Rubén SÁNCHEZ GIL	

Una definición de transfuguismo en México y en España	661
Pablo SANTOLAYA	
Soberanía, globalización y principios constitucionales.	679
José Ma. SERNA DE LA GARZA	
Principio <i>pro homine</i> vs. restricciones constitucionales: ¿es posible constitucionalizar el autoritarismo?	697
Fernando SILVA GARCÍA	
José Sebastián GÓMEZ SÁMANO	
La reforma al artículo 40 constitucional de 2012.	733
José Luis SOBERANES FERNÁNDEZ	
El origen de los poderes de <i>indirizzo</i> ; sus transformaciones.	749
Francisco TORTOLERO CERVANTES	
Defensa del honor y del derecho a la información. El empeño pe- dagógico de Jorge Carpizo	769
Raúl TREJO DELARBRE	
Las decisiones políticas fundamentales: legado y directriz para México, de Jorge Carpizo.	797
Enrique URIBE ARZATE	
Formación y transformación del sistema presidencial en América Latina. Una reflexión sobre el <i>ius constitutionale commune</i> latino- americano.	821
Diego VALADÉS	
Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferen- cias	851
Rodolfo Luis VIGO	
La Reforma Constitucional como defensa de la Constitución de 1917. Un análisis desde la problemática del poder constituyente y las ideas de libertad y democracia	887
Víctor Alejandro WONG MERAZ	

Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional. Tomo IV. Volumen 2, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 12 de marzo de 2015 en los talleres de Desarrollo Gráfico Editorial S. A. de C. V. Municipio Libre 175-A, col. Portales, delegación Benito Juárez, 03300 México, D. F. Se utilizó tipo *Baskerville* de 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel cultural 57 x 87 de 37 kilos para los interiores y cartulina couché de 154 kilos para los forros. Consta de 500 ejemplares (impresión *offset*).

PRESENTACIÓN

La vida de Jorge Carpizo (1944-2012) fue muy fecunda, y tocó varios ámbitos. Quienes tuvimos la dicha de conocerlo supimos de su inmensa dedicación a la vida universitaria, de su preocupación por la justicia, de su intenso estudio del Estado constitucional y de su permanente lucha a favor de los derechos humanos.

En esta obra colectiva queremos rendirle un sentido homenaje, analizando cada uno de esos cuatro aspectos que constituyeron la columna vertebral de su vida pública.

Además, en esta obra se reúnen testimonios de personas que tuvimos la fortuna de coincidir con el doctor Jorge Carpizo en algún momento o a lo largo de muchos años, y que nos sentimos profundamente conmovidos por su temprana muerte, la cual todavía nos duele y nos aflige.

Antes de los testimonios y de los ensayos académicos que integran la presente obra, se incluye un luminoso texto del doctor José Narro Robles, rector de la Universidad Nacional Autónoma de México y amigo durante décadas de Jorge Carpizo.

Este esfuerzo colectivo busca ser un ejercicio de memoria para recordar y volver a pensar sobre los temas que fueron del interés de Jorge Carpizo, pero también es la mejor forma de hacer un homenaje en su memoria. Estamos ciertos de que a Carpizo le hubiera gustado ver a tantos y tantos de sus amigos poniendo por escrito sus conocimientos y sus recuerdos, para honrar a quien nos dejó cuando menos lo esperábamos.

El lector podrá encontrar a lo largo de las páginas que siguen, trazos que nos muestran a Carpizo como profesor universitario, como funcionario público en distintos ámbitos, como diplomático, incluso como apasionado de la buena música y de la buena cocina.

Igualmente, podrá también hallar reflexiones teóricas sobre los asuntos que ocuparon su vida intelectual y académica. En muchos de los ensayos académicos que se pueden leer en las páginas que siguen los autores dialogan con el pensamiento de Jorge Carpizo, expuesto con singular nitidez en sus libros y sus artículos. Es también una forma de demostrar

X

PRESENTACIÓN

que su pensamiento sigue vivo y que va a conservarse vigente durante muchos, muchos años. Como lo hará también su imperecedero recuerdo.

Los coordinadores

Ciudad Universitaria, Coyoacán

Febrero de 2014

JORGE CARPIZO, UN UNIVERSITARIO EXCEPCIONAL¹

José NARRO ROBLES

ALGUNOS DATOS BIOGRÁFICOS Y CURRICULARES

La vida del doctor Jorge Carpizo fue intensa y extraordinaria. Nació el 2 de abril de 1944 en Campeche, y en su terruño realizó, entre 1951 y 1959, sus estudios de primaria y secundaria. Fue el mejor alumno de su generación en los dos niveles. En la ciudad de México, en la Universidad La Salle, cursó la preparatoria, en donde obtuvo diez de promedio.

En 1963 ingresó a la Universidad Nacional, la perla de sus amores, para cursar sus estudios de derecho, en los que alcanzó 9.9 de promedio. El 9 de febrero de 1968 presentó su examen profesional, con el que consiguió el título correspondiente. Su destacada trayectoria en la Facultad le permitió configurar en aquellos días un jurado extraordinario presidido por don Mario de la Cueva e integrado por Luis Recaséns, Jorge Sánchez Cordero, Niceto Alcalá Zamora y Castillo y el maestro Héctor Fix-Zamudio.

Entre 1969 y 1970 cursó la maestría en derecho en la London School of Economics and Political Science de la Universidad de Londres. De regreso a México efectuó sus estudios doctorales en la Facultad de Derecho de la UNAM, en donde el 14 de abril de 1978 presentó el examen de grado correspondiente. En virtud de la calidad de su tesis y del brillante examen para defenderla, fue aprobado con mención honorífica.

La vida de Jorge Carpizo fue un pasaje continuo entre el saber, el servicio y la responsabilidad. Fue justamente el reconocimiento de los valores y principios que defendía, al igual que la identificación de las cualidades

¹ Ensayo que incorpora pasajes de tres intervenciones registradas el 31 de marzo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; el 26 de mayo en San Luis Potosí, en el XIII Congreso Nacional de Abogados, y el 7 de julio de 2012 en el Congreso del Estado de Campeche.

que lo caracterizaron, lo que hizo que desde muy joven se le encargaran responsabilidades de gran importancia, tanto en la Universidad Nacional como en el servicio público. Durante casi todo el año de 1967 laboró en la Dirección General de Enseñanza Superior e Investigación Científica de la Secretaría de Educación Pública. Posteriormente fungió como secretario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, entonces bajo la dirección del doctor Héctor Fix-Zamudio.

Al regreso de sus estudios de maestría fue designado subdirector de la Dirección General de Asuntos Jurídicos, y posteriormente asesor de la Secretaría General Auxiliar de la propia Universidad Nacional. Antes de cumplir 29 años se desempeñó como abogado general en el primer periodo rectoral del doctor Guillermo Soberón, entre 1973 y 1977. En enero de este último año fue nombrado coordinador de Humanidades, y entre octubre de 1978 y el mismo mes de 1984, la H. Junta de Gobierno lo designó director del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Dos meses después de haber concluido esa responsabilidad, la propia Junta de Gobierno lo seleccionó para dirigir los trabajos de la Universidad, al nombrarlo rector de nuestra institución, cargo que desempeñó con profunda convicción y calidad entre enero de 1985 y enero de 1989.

El periodo comprendido entre abril de 1989 y marzo de 1998 es el que da cuenta de la mayor parte de las funciones que desarrolló como servidor público en el gobierno federal y en el Poder Judicial. Durante los nueve años comprendidos en ese lapso se desempeñó como ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y como presidente fundador de la Comisión Nacional de Derechos Humanos. De igual forma, fue procurador general de la República, secretario de gobernación y embajador de México en Francia.

En todos los puestos cumplió su tarea con apego total a los principios y valores que pregonaba en su cátedra y en sus escritos. La congruencia entre su decir y su hacer fue siempre una de sus características más distintivas. Toda su vida personal, profesional y universitaria constituye un ejemplo de congruencia, un modelo de moral auténticamente republicana.

Fue un distinguido profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM y también de la de Ciencias Políticas y Sociales. Impartió cátedra lo mismo en la licenciatura que en el posgrado, y lo hizo brillantemente en México y fuera del país. Como ejemplo se puede citar su larga estancia académica en la Universidad Complutense de Madrid. Dirigió 15 tesis de licenciatura y diez de posgrado, una de especialización, cuatro de maestría o equivalente y cinco de doctorado. Por su enorme prestigio como académico y como jurista, fue el presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional de 2002 hasta su fallecimiento.

Fue designado como Investigador Emérito de la Universidad Nacional Autónoma de México, y también en el Sistema Nacional de Investigadores. Su dedicación al estudio, la reflexión y el cumplimiento de sus compromisos como académico originaron que contara con una obra escrita extensa, de calidad y bien reconocida nacional e internacionalmente hablando.

Para ejemplificar lo anterior, bastaría con recordar los 21 libros en los que participó en su elaboración, 17 de ellos de su autoría individual y cuatro en los que colaboró otro autor. Además, ocho de los libros ameritaron dos o más ediciones y reimpresiones. Sobresalen en este sentido el clásico publicado en los años setenta *El presidencialismo mexicano*, que cuenta con 19 ediciones, y que ha sido traducido al italiano y al alemán.

Sin embargo, no se trata de un solo éxito editorial. También deben mencionarse *La Constitución mexicana de 1917*, que cuenta a la fecha con 15 ediciones; *Derecho constitucional*, escrito en coautoría con Miguel Carbonell, que cursa en su séptima edición y que ha sido publicado también en italiano; *Derechos humanos, aborto y eutanasia*, escrito conjuntamente con Diego Valadés, que ha sido publicado en México, España y Colombia; al igual que una de sus últimas aportaciones a los estudios constitucionales, *El sistema presidencial mexicano*, publicado en 2011 en Perú.

Su rica producción académica cuenta en adición con 17 capítulos extensos incluidos en libros de elaboración colectiva, al igual que con 91 artículos publicados en prestigiadas revistas nacionales e internacionales, principalmente dedicadas a temas de derecho y educación.

Su enorme producción académica se complementa con 15 estudios y reseñas de tipo legislativo y de jurisprudencia, con 89 prólogos de libros, con 40 voces incluidas en el *Diccionario Jurídico Mexicano* y con 289 artículos y productos de divulgación, algunos de ellos discursos extraordinarios, llenos de contenido, de ideas y reflexiones profundas. Por si todo esto fuera poco, fue editor, coordinador, o coeditor de 16 libros de autoría colectiva.

El resultado de una vida universitaria tan extraordinaria dio como resultado, obviamente, que recibiera en vida 55 premios y 41 distinciones, entre las que sobresalen, por ejemplo, haberse hecho merecedor de once doctorados *honoris causa* en universidades mexicanas, pero también de Colombia, los Estados Unidos, Israel, Canadá y España.

De igual forma, recibió el Premio de Investigación en Ciencias Sociales que otorga la actual Academia Mexicana de Ciencias; la medalla Justo Sierra Méndez, del Congreso de Campeche, y el Premio René Cassin de derechos humanos. Por sus aportaciones sobresalientes fue conde-

corado por los gobiernos de Perú, Venezuela, Colombia, Guatemala y Francia, además de que varias bibliotecas, librerías, salones, auditorios y cátedras especiales fueron designadas con su nombre.

El doctor Jorge Carpizo fue un conferenciante muy reconocido y solicitado que impartió más de 200 conferencias y que participó en cerca de 160 congresos y seminarios, habiendo fungido como organizador en casi 50 de ellos. Fue integrante respetado de numerosos grupos de evaluación, de comités y comisiones, además de haber sido miembro de 25 academias y sociedades de México y el extranjero. Formó parte también de 32 comisiones redactoras de proyectos y dictámenes legislativos.

Jorge Carpizo fue un extraordinario estudiante y un investigador superior, al igual que un funcionario excepcional. Él consideraba su dedicación al estudio como parte de sus responsabilidades públicas, como una vía para contribuir a mejorar las condiciones de los demás, en particular las de los más vulnerables.

JORGE CARPIZO, UNA PERSONALIDAD DESBORDANTE

Cuando pienso en Jorge Carpizo como el gran universitario que fue y como ilustre campechano, no puedo dejar de mencionar a otro insigne personaje, que también tiene esas dos características. Me refiero, por supuesto, al fundador de la Universidad Nacional de México, a don Justo Sierra, quien se expresaba así sobre el perfil del egresado de nuestra institución, en su discurso inaugural pronunciado el 22 de septiembre de 1910:

Cuando el joven sea hombre, es preciso que la Universidad o lo lance a la lucha por la existencia en un campo social superior, o lo levante a las excelsitudes de la investigación científica; pero sin olvidar nunca que toda contemplación debe ser el preámbulo de la acción; que no es lícito al universitario pensar exclusivamente para sí mismo...

Puedo sostener con toda convicción que Jorge Carpizo es un claro ejemplo del perfil que Justo Sierra deseaba que tuvieran los egresados de la institución nacional que imaginó y fundó. Por eso es uno de los ejemplos más sobresalientes de universitario que tiene la UNAM.

Jorge Carpizo es, por todo ello, ampliamente reconocido como uno de los grandes constitucionalistas de nuestro tiempo. Su ausencia real-

mente se siente y es más notoria en estos días de campañas, de promesas de cambio y de reforma, de discusiones sobre la organización del Estado nacional.

En un homenaje luctuoso señalé que para describir a Jorge Carpizo hacen falta sustantivos y adjetivos. En efecto, él fue un referente, un líder, un guía y un ejemplo a quien sin duda vamos a echar de menos en los grandes momentos del país. Se trata de un personaje que fue recio, serio, profesional, dedicado, comprometido, valioso y valiente, estudioso e innovador. Nunca fue, me consta, un hombre cautivado por el poder económico o político, y todavía menos alguien dispuesto a la autocomplacencia, a la comodidad, a hacer concesiones cortesanas.

Sobresalía por su inteligencia y don de gente con sus amigos, con las personas correctas, con los que mostraban una conducta positiva. Era duro con sus detractores e implacable con los que se desviaban del cumplimiento de la norma. Siempre dispuesto a encabezar causas justas, fue un ser primordialmente congruente. Con él era muy difícil equivocarse. Una línea recta articulaba su pensamiento con su decir y con su hacer. No había el menor punto de quiebre en esas dimensiones.

Jorge Carpizo fue un hombre honesto, honorable y congruente. Siempre aportó y nunca sacó ventaja personal alguna. Es un ejemplo de probidad y de austeridad en su vida personal. Ahí está su forma de ser y de conducirse en todo: en su hogar, en el trabajo y en la cotidianeidad. Su calidad de vida dependía de la paz interior, de su consistencia, de la satisfacción de cumplir con su deber, nunca de los símbolos externos, y menos de la frivolidad.

LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE JORGE CARPIZO

Para el doctor Carpizo, la Universidad fue una pasión, un credo. Todo el tiempo, a partir de su ingreso a la Facultad de Derecho, pensó en ella. En sus propias palabras, señaló que al formar parte de la Universidad y a partir del contacto con sus maestros "...aprendí a entender y amar a la Universidad; porque en sus aulas empecé a comprender el profundo honor que es ser universitario; porque en sus cátedras se terminó de conformar mi ideología, enmarcada por el pensamiento social mexicano que proviene, entre otros, de Morelos, Otero, Ramírez, Arriaga, y de las tesis revolucionarias que se plasman en nuestra Constitución Política de 1917".

Él tenía muy claro el sentido y la importancia de la Universidad Nacional. Sabía que es un sitio para formar, para cuestionar, para indagar, para experimentar, para preservar y enriquecer las manifestaciones culturales más diversas, para servir y fortalecer la identidad de la nación. Entendía que solo se puede cumplir con la tarea si hay libertad, si se atajan los dogmatismos y las hegemonías ideológicas.

En su discurso de toma de posesión como rector, sostuvo con profunda convicción algunas de las tesis que lo guiaron como universitario en su rectorado, pero también antes y después del mismo. Él estaba convencido de que “La Universidad es parte de la conciencia crítica nacional, ejercida con la finalidad de continuar perfeccionando al país y alcanzar el México que todos queremos: mejor y más justo”.

A partir de ello, concluía que la casa de estudios no debía ser solo crítica, sino propositiva; que debía ofrecer soluciones a los grandes problemas nacionales; que se debía preocupar por la sociedad y “estar cerca del país, cada día más cerca”.

Jorge Carpizo entendió que la Universidad es al final de cuentas lo que los universitarios hacemos de ella y con ella cada día. Que en esa comunidad de maestros, estudiantes, investigadores, técnicos y trabajadores, todos tenemos una enorme responsabilidad que pasa por entender y descifrar paradojas importantes, como la de la excelencia y los grandes números; como la de la calidad y el compromiso con la sociedad; como la de dar vida a la universidad antigua y tradicional, además de asegurar viabilidad a la institución joven, cambiante, audaz y transformadora que requiere un país como el nuestro.

Fui testigo muy cercano del amor que profesaba por nuestra casa de estudios. Lo acompañé en su intento de mejorarla académicamente. Pude percatarme de que nunca puso nada por delante de los intereses de la Universidad de México, que su brújula fue siempre el beneficio de la Universidad, que nunca regateó tiempo, dedicación o inteligencia a la tarea universitaria en las distintas responsabilidades que asumió, y que los valores y principios universitarios le sirvieron y los aplicó en otros espacios y responsabilidades.

Una muestra adicional y concreta la recogió su testamento, que en su cláusula primera “instituye a la Universidad Nacional Autónoma de México como su legítima y universal heredera”. Además, con su generosidad bien reconocida, encontró la forma de cobijar a quien más le había servido a su digna colaboradora: doña María Quiterio Escorza.

Para el doctor Jorge Carpizo, ser universitario fue un privilegio y una vocación; aún más: fue su destino. Por eso en nuestra casa de estudios lamentamos profundamente su desaparición.

CARPIZO Y SU CAMPECHE

Siento que el doctor Carpizo tuvo dos terruños. Campeche, lugar donde nació y vivió su infancia, su adolescencia y parte de su juventud, y la Universidad Nacional Autónoma de México, sitio de origen y desarrollo intelectual, donde aprendió y enseñó, donde investigó y se formó como persona, como profesional, como ciudadano y como servidor público ejemplar.

Para Jorge Carpizo, la UNAM y Campeche eran hogares donde se sentía a gusto, donde vivía a plenitud, donde permanentemente será recordado, y sus aportaciones, siempre valoradas. Campeche y la UNAM fueron invariablemente para él, punto de partida y de llegada, espacios para estar, pero señaladamente para ser, para desarrollar, para aportar.

Para Jorge Carpizo, como lo señaló en su discurso al recibir el doctorado Honoris Causa por la Universidad Autónoma de Campeche, ese terruño, el suyo, es “... el mar azul cielo que besa sus litorales, el olor y el sabor a sal de sus aguas espumosas... Campeche es sus selvas tropicales..., es el cielo que se viste de rojo... rojo que pinta el firmamento y las nubes de sangre”.

Para él, Campeche era el Campeche liberal del siglo antepasado, el de la dignidad, aquel abierto a todas las ideas, pero comprometido con las progresistas; el Campeche culto, decía él, lleno de bibliotecas y de vida intelectual.

Jorge Carpizo recordó en esa intervención al Campeche del coro, al del teatro, al de la música romántica, pero también el Campeche de Justo Sierra Méndez, el de Pedro Sainz de Baranda y el de Rafael Dondé, el de sus maestros de primaria y el de sus mejores amigos de los estudios iniciales.

Él terminó en aquella ocasión diciendo: “Para mí, Campeche es... superación y esfuerzo personales... es compromiso social, generosidad y gratitud... Campeche es... antes que nada y sobre todas las cosas, el respeto a la dignidad humana”.

CARPIZO Y LA ABOGACÍA

Nuestro personaje fue un auténtico jurista. Entendía con claridad el papel de la abogacía y el papel de la justicia. Como hombre de leyes, como encargado de la procuración de la justicia, como conocedor de la Consti-

tución Política mexicana, sabía que es mucho lo que los profesionales del derecho pueden aportar para el desarrollo y el bien de México.

El doctor Jorge Carpizo entendía que en su ejercicio diario, el abogado interpreta la ley, la aplica o la utiliza adecuándola a las circunstancias. Pero sostenía y defendía que lo que no es interpretable es el sentido de las leyes. Que su aplicación en un país con las desigualdades sociales del nuestro implica una inmensa responsabilidad ética en el ejercicio profesional del abogado.

Creía que el abogado debe ser ejemplo para la sociedad. Ya como defensor, ya como procurador o fiscal, ya como juez, sabía que se trata de un personaje público, siempre bajo el escrutinio de la sociedad, de los medios de comunicación. Por eso pregonaba que los abogados en todas las ramas y disciplinas deben ser profesionales ejemplares. De ellos depende, sostenía, la percepción de justicia o injusticia entre la población.

De igual manera, aseguraba que los abogados pueden y deben ser agentes del cambio social. Recurro nuevamente a sus palabras, pronunciadas el 13 de julio de 1981, hace más de 31 años, en la celebración del Día del Abogado en Bellas Artes, siendo director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, cuando dijo a sus colegas:

... el papel del abogado en la sociedad y especialmente en la nuestra de hoy, se tiene que basar en su conocimiento de la realidad, en la posesión de elementos técnico-jurídicos, en su amor por la justicia y por la igualdad, en su sacerdocio por la libertad. Estos elementos nos auxiliarán para que continuemos todos construyendo el país que anhelamos, en el cual todo mexicano tenga educación, trabajo, vivienda, acceso a los bienes de la cultura, salud; en una frase: que todo mexicano lleve una vida realmente digna.

El pensamiento de Jorge Carpizo sigue vigente. Continuamos con los mismos anhelos de solucionar los mismos problemas. La concreción de los derechos sociales sigue siendo, desafortunadamente, todavía una aspiración para gran parte de la población de México

CARPIZO, EL CONSTITUCIONALISTA

En mi perspectiva, con su trabajo intelectual el doctor Jorge Carpizo hizo aportaciones importantes para su universidad, para la ciencia jurídica y para reforzar el Estado de derecho y la democracia en México. Sus con-

tribuciones prácticas y teóricas para la vigencia de los derechos humanos en el país son, sin duda alguna, dignas de resaltarse.

En un libro de homenaje al maestro Héctor Fix-Zamudio, publicado en 2007, el doctor Carpizo planteó algunas propuestas en torno a la idea de la reforma del Estado. Todas ellas reflejan su profundo interés por la justicia, la rendición de cuentas, los contrapesos entre los poderes de la República y la necesidad de fortalecer la vida democrática de México.²¹

Entre las reformas que a su juicio resultan necesarias incluyó la reelección de diputados y senadores con un límite; la ratificación por parte del Senado de los principales nombramientos del gabinete presidencial; la necesidad de establecer alguna fórmula contra la parálisis legislativa; la conveniencia de que la entidad de fiscalización de la Federación y el Ministerio Público se conviertan en órganos constitucionales autónomos, además de recomendar la inclusión en la Constitución Política de las figuras de iniciativa popular y del referendo.

En estas ideas veo tres preocupaciones principales: la conveniencia de contar con un sistema de contrapesos entre los poderes del Estado; la necesidad de consolidar nuestro régimen de transparencia y de rendición de cuentas, y la urgencia de asegurar una mayor participación ciudadana en la toma de decisiones. Aspectos con los que, al parecer, todas las fuerzas políticas del país están de acuerdo. El asunto es cómo concretarlos, cómo hacerlos realidad.

Las propuestas antes mencionadas van de la mano con los cinco puntos que Carpizo utilizó en otro texto³² escrito para analizar el constitucionalismo de América Latina. Estos puntos son: 1) que las elecciones sean libres, objetivas, equitativas y periódicas; 2) el respeto a los derechos humanos, primordialmente los de carácter civil y político; 3) la importancia de la oposición; 4) la desconcentración del poder y el equilibrio entre los órganos que lo ejercen, y 5) la calidad de vida de los habitantes, que tiene que ver con la alimentación, la educación, la protección a la salud, el trabajo, la vivienda y el esparcimiento, entre otros.

²¹ Carpizo, Jorge, “Propuestas de modificaciones constitucionales en el marco de la denominada Reforma del Estado”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldivar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. XI, Justicia, federalismo y derecho constitucional.

³² Carpizo, Jorge, “Tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano”, en Carbonell, Miguel, Carpizo, Jorge y Zovato, Daniel (coords.), *Tendencia del constitucionalismo en Iberoamérica*, [en línea]; Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libros.htm?|=2701>.

Al respecto de los derechos que regulan la calidad de vida de los mexicanos, es necesario reconocer que en nuestro país es mucho lo que se ha avanzado en materia democrática; sin embargo, el cumplimiento de la aplicación de los derechos sociales constituye todavía uno de los retos más importante de nuestros días. Los derechos sociales están previstos desde la Constitución de 1917, y su cumplimiento debiera ser absolutamente obligatorio para el Estado. Lamentablemente, como ya se señaló, todavía estamos lejos de lograr que su ejercicio sea una realidad para todos los mexicanos.

Debo aclarar, sin embargo, que si bien estos derechos no son todavía una realidad para todos, sería un craso error sostener que no se han registrado avances. Es evidente lo mucho que la sociedad mexicana ha progresado en el último siglo. Que es amplio lo que se ha conseguido en la superación de los niveles de vida y en el bienestar de los mexicanos. Sin embargo, el doctor Carpizo sostenía, y yo coincido con su punto de vista, que nos falta por avanzar todavía un trecho muy grande, además de que otros países, de condiciones parecidas o menores a las nuestras, lo están haciendo mejor.

ALGUNAS DE SUS APORTACIONES RECIENTES

En estos años en que he tenido la responsabilidad y la satisfacción de coordinar el trabajo de la UNAM, las iniciativas, el conocimiento y el empeño del doctor Carpizo fueron esenciales para organizar una serie de reuniones, de foros y espacios de discusión y análisis para la elaboración de propuestas sobre algunos de los principales problemas que aquejan al país.

Es así que él organizó la Conferencia Internacional sobre Seguridad y Justicia, de la cual resultó el documento *Elementos para la Construcción de una política de Estado para la Seguridad y la Justicia en Democracia*, que contiene 36 propuestas de solución en la materia, y que fuera presentado a los poderes del Estado, al titular del Poder Ejecutivo, a legisladores, a representantes del Poder Judicial de la Federación, a organizaciones sociales y a la sociedad en general.

Su participación fue también fundamental para que se realizara el Foro Internacional sobre Políticas de Regulación de Consumo de Drogas, el pasado mes de abril, con la intervención de numerosos e importantes académicos y funcionarios mexicanos y de países de América y

Europa, para analizar a fondo una problemática que afecta sobre todo a los jóvenes, y para generar propuestas de consenso que contribuyan a su solución.

UNA ORACIÓN FÚNEBRE

Quiero repetir aquí algunos párrafos de la intervención que tuve en el homenaje luctuoso que la Universidad Nacional le rindió al día siguiente de su penoso fallecimiento.

A la familia del doctor Carpizo, a sus amigos y compañeros de aventura, para todos nosotros, mis sentimientos de profunda solidaridad. La tranquilidad me alcanza cuando pienso en lo que hizo y en lo que creyó. La angustia me inunda cuando comprendo que no lo veré ya nunca más. Sus enseñanzas y su fortaleza me cobijan, su pérdida me abruma y me conmueve.

¿Qué vamos a hacer sin sus consejos y sin sus propuestas? ¿Qué vamos a hacer sin su lucidez y determinación? ¿Qué falta nos genera su partida anticipada! ¿Por qué tenía que pasar? ¿Por qué teníamos que perderlo de forma tan prematura? No estábamos preparados para ello. No es posible alcanzar la resignación que reclama nuestra aflicción.

Para concluir, quiero recordar la frase de Don Alfonso Reyes pronunciada en la despedida luctuosa del maestro Antonio Caso: “Ha de pasar mucho tiempo para que el polvo se organice en otra estructura de igual excelencia y fineza”. Para Jorge Carpizo, universitario magnífico, nuestro recuerdo permanente y el reconocimiento invariable a su obra, a su ejemplo, a su lucha de siempre en favor de la dignidad humana.

Jorge Carpizo no dejaba nada a la improvisación. En su vida pública, pero también en la privada, planeaba con detalle cada uno de sus actos. Lo mismo si se trataba de su agenda profesional, que de un viaje de placer. Por eso no resulta extraño que hubiera dejado un mensaje póstumo que su familia decidió dar a conocer. La recojo textualmente tal y como se publicó:

Jorge Carpizo

Con alegría de haber existido durante 68 años, me despido de mis familiares y amigos.

Traté de vivir lo mejor que pude dentro de mis circunstancias, y de servir con devoción a México y a su Universidad Nacional.

En los cargos que ocupé siempre rendí informes públicos, presenté evaluaciones y dejé constancia de lo realizado en múltiples libros y artículos. El mejor homenaje que puedo recibir consiste en que se lean y reflexionen.

Nunca mentí ni cometí delito alguno. Cumplí con mis responsabilidades al máximo de mi capacidad y voluntad.

En mis libros y artículos, tanto los académicos como los testimoniales, dejo constancia del país que me tocó vivir, servir, gozar y sufrir.

Mil y mil gracias a aquellos que colaboraron lealmente conmigo y con los valores que rigieron todas mis actividades.

Me voy amando, con todas mis fuerzas, convicciones y emociones, a nuestro gran país y a su, y mía también, Universidad Nacional.

La vida de Jorge Carpizo es una que merece ser imitada. Su amor a México y a su Universidad Nacional son ejemplares. Su compromiso con la verdad, con el estado de derecho, con la defensa de los derechos humanos y con el resguardo de principios laicos fundamentales, es encomiable. Las instituciones a las que sirvió tienen una deuda con él, por la entrega y los alcances de sus aportaciones. Lo que hizo por nuestras comunidades le dio brillo y dignidad. Para Jorge Carpizo, un recuerdo permanente y un agradecimiento invariable. Su vida y su obra forman parte del patrimonio de nuestra sociedad.

SITUACIÓN ACTUAL Y PERSPECTIVAS DEL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Antonio María HERNÁNDEZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La transición democrática en América Latina*. III. *Las reformas constitucionales producidas*. IV. *Cultura constitucional y calidad institucional en América Latina*. V. *Perspectivas de los sistemas constitucionales en América Latina*.

I. INTRODUCCIÓN

La enunciación del tema nos obliga a efectuar las siguientes consideraciones previas:

- a) Efectuaremos un enfoque desde una visión politológica y jurídico-constitucional, sin perjuicio de advertir que la consideración integral del mismo requeriría de los aportes de otras disciplinas.
- b) Por la vastedad y profundidad de la materia en cuestión, solo nos limitaremos a sostener nuestras opiniones de manera genérica y sintética, importa decir que no nos detendremos en el análisis particularizado de cada uno de los respectivos países de la región.
- c) Para tratar de abarcar la cuestión, también indicamos lo siguiente: observaremos lo ocurrido en los últimos 30 años para señalar los grandes rasgos de la evolución producida.

* Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Público Provincial y Municipal de la Universidad Nacional de Córdoba; director del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba; miembro correspondiente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de Buenos Aires; presidente honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Miembro del Comité de Directores de la Asociación Internacional de Centros de Estudios Federales; exmiembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional y exconvencional constituyente de la nación en 1994. Autor y coautor de 41 libros sobre derecho constitucional, derecho federal, constitucionalismo provincial y derecho municipal.

- d) En cuanto al desarrollo del tema, expondremos en primer lugar la transición democrática en la región y la situación política actual; en segundo lugar las reformas constitucionales producidas; en tercer lugar, los problemas vinculados a la cultura de la Constitución y a la calidad institucional y finalmente, las perspectivas para el futuro.¹

II. LA TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA EN AMÉRICA LATINA²

1. *La tercera ola democrática*

Esta región produjo un cambio fundamental en relación con la traumática historia política de los golpes de Estado e ingresó en la “tercera ola” democrática, según la acertada denominación de Huntington,³ con los primeros procesos producidos antes de 1980 en Colombia, Costa Rica y Venezuela, para continuar con transiciones democráticas que se observaron posteriormente en todos los países con la sola excepción de Cuba.

Por tal razón, al comenzar este nuevo milenio, la Cumbre de las Américas reunida en Quebec, Canadá, en abril de 2001, enfatizó la importancia del fortalecimiento de la democracia, mientras que la Carta De-

¹ Este trabajo registra como antecedentes a dos anteriores de nuestra autoría: “Perspectiva de los Sistemas políticos y constitucionales en América Latina”, *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, año XVIII, núm. 190, abril-junio de 2003, y “Democratic Transition and Constitutional Reforms in Latin America”, *International Round Table “Globalization and Constitutionalism in the 21st Century”*, 19-21 de noviembre de 2009, Seoul, South Korea, Asociación Internacional de Derecho Constitucional y la Asociación Coreana de Derecho Constitucional, 2009. Asimismo este último fue también publicado como “Reflexiones sobre transición democrática y reformas constitucionales en América Latina”, *Cadernos de Solucoes Constitucionais*, núm. 4, Associação Brasileira de Constitucionalistas demócratas y Malheiros Editores, Brasil, San Pablo, 2012.

² Entre la amplia bibliografía sobre el tema, indicamos: O'Donnell, Guillermo *et al.*, *Transiciones desde un gobierno autoritario*, Buenos Aires, Paidós, 1988; Linz, Juan J., *La quiebra de las democracias*, Alianza Universidad, 1987; Alcántara Sáez, Manuel, *Gobernabilidad, crisis y cambio*, Fondo de Cultura Económica, 1995; Garzón Valdés, Ernesto, *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987; *Revista Agora*, núm. 5, “América Latina, la democracia y sus límites”, Buenos Aires, 1996, con distintos artículos y *Revista Síntesis*, núm. 22, “Consolidación democrática, gobernabilidad y transformación socioeconómica en América Latina”, Madrid, 1994, con distintos artículos.

³ Huntington, Samuel, *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*, Oklahoma, University of Oklahoma Press, 1991.

mocrática Interamericana, suscrita en Lima, en septiembre del mismo año, reafirmó el esencial respeto a los valores democráticos como una condición de la membresía en la organización hemisférica.⁴

Este notable cambio trajo consigo otra situación que también debe destacarse en forma positiva y que fue la evidente disminución de guerras y conflictos en la región. En cambio, la otra tendencia producida, vinculada a las políticas económicas en la región, que establecieron la apertura económica, las privatizaciones, el aumento de la deuda externa y la aplicación de las recetas del Fondo Monetario Internacional, no parece haber concitado igual valoración. Obsérvese en tal sentido las crisis económicas sufridas por México, Ecuador, Brasil y muy especialmente, por Argentina en 2001. Asimismo debe repararse en las severas críticas efectuadas al Fondo Monetario por el premio nobel Joseph Stiglitz en su libro *El malestar en la globalización*.⁵

No obstante ello, hubo un quinquenio virtuoso entre 2003-2008 para la economía de la región,⁶ que comenzó a modificarse con la crisis mundial de 2008, que sin embargo, no tuvo un impacto comparable a otros países del mundo, con la excepción de México.

Consideramos también que en algunos países en la década de los noventa se observó una verdadera retirada del Estado en su función de promotor del desarrollo económico y en sus tareas de fiscalización del funcionamiento de las leyes de la oferta y la demanda, que indicaron la necesidad de volver a debatir el rol del Estado en estas sociedades latinoamericanas y en el marco del mundo globalizado en que estamos insertos.

En este aspecto, deben así considerarse los cambios políticos posteriores en varios países y —aunque con objetivos diversos—, la aparición de gobiernos populistas en Venezuela, Ecuador, Bolivia y Argentina, con la influencia del expresidente Chávez.

⁴ Cfr. *Democracies in Development-Politics and reform in Latin America*, Mark Paine, Daniel Zovatto G., Fernando Carrillo Flores y Andrés Allamand Zavala, Published by the Inter-American Development Bank and de the International Institute for Democracy and Electoral Assistance. Distributed by The Johns Hopkins University Press, Washington D.C., 2002. Introduction, p. 1/6.

⁵ Buenos Aires, Taurus, 2002.

⁶ Véase Latinobarómetro, Informe 2008, www.latinobarometro.org, p. 6.

2. *El informe de Latinobarómetro 2011 sobre la realidad política actual*⁷

Existen no pocos síntomas que evidencian una compleja situación en la región. En primer lugar, ha bajado el apoyo a la democracia, que ahora se ubica en un 58%, después de cuatro años de aumento sostenido.⁸

En la valoración que la gente hace de las instituciones, los partidos políticos han elevado su índice de confianza hasta solo un 22 % en 2011.⁹ Lo propio ocurre con los sindicatos (28%) y con el Poder Judicial, lo que es particularmente grave (29%). Y lo mismo ha ocurrido con los órganos parlamentarios, que han llegado a un 32%.¹⁰ La más alta valoración es para la iglesia con el 64%.

En cuanto a la percepción sobre el cumplimiento de las leyes en la región, el promedio es de 31%, con un 54% en Uruguay con la mejor puntuación, mientras que la peor es la de Perú con un 12%.¹¹

Dice el Informe: “La clásica pregunta de Almond y Verba, ¿Para quién se gobierna? Es lo que determina la calidad de la democracia. En América Latina la percepción de que se gobierna no para la mayoría sino para los intereses de unos pocos, es claramente mayoritaria (74%)”.¹²

Entre las cosas que le faltan a la democracia está reducir la corrupción (48%), garantizar la justicia social (33%), aumentar la participación ciudadana (31%) y la transparencia del Estado (31%).¹³

A ello deben sumarse los índices de distribución de la riqueza, pobreza, corrupción y desarrollo humano, originados en organismos internacionales como el Banco Mundial, Naciones Unidas y Transparency International, que indican una realidad francamente negativa para la región, lo que sin lugar a dudas, afecta el correcto funcionamiento de las instituciones democráticas.

⁷ Este es el último informe, dado que no se hizo el del año 2012 y no ha salido el de 2013.

⁸ Véase Latinobarómetro, Informe 2011, www.latinobarometro.org, p. 26. Esta disminución está vinculada a aspectos políticos, más que económicos. De todas maneras, no se puede considerar como homogénea la situación de la región.

⁹ Véase Latinobarómetro, Informe 2011, www.latinobarometro.org, p. 50.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ *Ibidem*, p. 53.

¹² Véase Latinobarómetro, Informe 2011, www.latinobarometro.org, p. 35. El país con mejor percepción es Uruguay con el 54% que responde afirmativamente a la pregunta si se gobierna para todo el pueblo, mientras que la menor respuesta, del 9% es de la República Dominicana.

¹³ Véase Latinobarómetro, Informe 2011, www.latinobarometro.org, p. 40.

III. LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES PRODUCIDAS

1. *Las reformas producidas hasta el año 2000*

El distinguido jurista mexicano Diego Valadés sostuvo en un artículo del año 2000 que de los 18 países latinoamericanos que practican el constitucionalismo democrático, 12 han producido reformas tan profundas que se permite denominarlas como nuevas leyes supremas. Es el caso de Argentina (1994), Brasil (1988), Colombia (1991), Chile (1980), El Salvador (1983), Guatemala (1985), Honduras (1982), Nicaragua (1995), Panamá (1994), Paraguay (1992), Perú (1993) y Venezuela (1999). Asimismo señala que también efectuaron reformas constitucionales importantes Bolivia, Costa Rica, Ecuador, México y Uruguay. Tal dinamismo en la materia debe atribuirse según el autor, a las transiciones democráticas vividas en la región.¹⁴

Como un análisis integral de esta problemática de constitucionalismo comparado excedería el marco de este estudio, nos limitaremos a destacar —como lo hace Valadés—, las coincidencias que se aprecian en este proceso, que son: 1) en cuanto al procedimiento de adopción y 2) en cuanto al contenido.¹⁵

A. *Coincidencias en cuanto al procedimiento de adopción*

Compartimos plenamente con el autor la idea de considerar y exaltar los acuerdos políticos como bases de una política constitucional, para alcanzar la legitimidad, como especial valor político y jurídico de una ley suprema.¹⁶

Y esto es lo que destaca Valadés, que menciona los siguientes casos en nuestra región:

¹⁴ Cfr. Diego Valadés, “La constitución y el poder”, en Valadés, Diego y Carbonell Miguel (coord.), *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, México, UNAM, 2000, pp. 139 y 140.

¹⁵ Cfr. Diego Valadés, *op. cit.*, pp. 140 y ss.

¹⁶ Véase Antonio María Hernández (h.), *El caso Fayt y sus implicancias constitucionales*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2001 y 2a. ed., *El caso Fayt*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, y *Federalismo y constitucionalismo provincial*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, cap. XIV.

- a) El acuerdo entre los partidos Conservador y Liberal de Colombia, ratificado mediante plebiscito en 1957 y también en dicho país, el proceso de negociación con sectores guerrilleros que posibilitara la reforma constitucional de 1991.
- b) Las modificaciones producidas en la Constitución de El Salvador, luego del acuerdo con el Frente Farabundo Martí, en 1991.
- c) El Pacto de Punto Fijo en Venezuela, en 1958, que posibilitó la reforma constitucional de 1961.
- d) El Pacto de Olivos en Argentina, celebrado en 1993 entre los presidentes de las fuerzas políticas mayoritarias del Peronismo y del Radicalismo, Carlos Menem y Raúl Alfonsín, que sirviera de base a la reforma constitucional de 1994, para nosotros la más importante de la historia.
- e) El pacto que sirvió para la confirmación del frente político que se opuso al gobierno militar en Brasil y que sirvió para la reforma constitucional de 1988.
- f) Con relación a México, indica que se está viviendo un proceso inconcluso de negociación.

B. *Coincidencias en cuanto al contenido*

En este aspecto, Valadés distingue entre el reconocimiento de derechos y lo institucional.

Con respecto a los primeros, enumera los siguientes: de iniciativa popular; de referéndum y plebiscito; al ambiente; a la salud; de la infancia, juventud, tercera edad y disminuidos; de la intimidad y hábeas data; de los consumidores y usuarios y de la protección contra la arbitrariedad.

Con relación a lo institucional, señala que se han introducido estos tres institutos: el defensor del pueblo, los tribunales constitucionales y las comisiones del Congreso. Finalmente el autor considera que el rasgo que identifica estas reformas es la consagración de un nuevo sistema de derechos fundamentales cuya garantía es el sistema democrático y que el desafío es hacer realidad estas normas supremas, como lo viene sosteniendo el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Sostiene que la mayor afinidad de esta región es la “forja convergente de una cultura democrática colectiva”.¹⁷

¹⁷ Cfr. Valadés, Diego, *op. cit.*, pp. 147-164. Véase asimismo Carpizo, Jorge, “Tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano”, en Carbonell, Miguel *et al.*, (coords.), *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, México, UNAM-IDEA Interna-

2. *Las reformas constitucionales posteriores de Ecuador y Bolivia.*

El caso de Venezuela

Nosotros debemos agregar a este análisis, lo acontecido posteriormente con los procesos constituyentes de Ecuador (2008) y Bolivia (2009), que han recibido la particular influencia de Venezuela. En relación con ello, Domingo García Belaúnde ha reflexionado sobre el ejercicio del poder constituyente en nuestra región, criticando dichas Asambleas que pretenden “refundar” a los respectivos Estados.¹⁸

Estas Constituciones últimas se caracterizan por su notable reglamentarismo y extensión y por la especial defensa de los derechos humanos, de las culturas originarias y de los recursos naturales, como lo destaca Roberto Gargarella.¹⁹

En el caso de Bolivia, en su artículo 1o. se define al nuevo modelo de Estado como unitario social de derecho plurinacional comunitario, del cual sostiene José Antonio Rivera Santiváñez que más allá de las contradicciones identificadas, “constituye una reforma estructural que sienta las bases para superar ese viejo Estado de exclusión y marginación”.²⁰

cional-Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2009, donde el distinguido jurista también analiza las distintas modificaciones constitucionales e institucionales producidas en la región.

¹⁸ Cfr. García Belaúnde, Domingo, “Poder constituyente: orígenes, desarrollo y modalidades”, junio 2006, www.domingogarciabelaunde.articulos. El distinguido jurista peruano analiza en particular las reformas constitucionales producidas en Perú, Colombia, Venezuela y Bolivia. Asimismo, en su trabajo destinado a este Congreso Iberoamericano de Tucumán, titulado “Los vaivenes del constitucionalismo latinoamericano en las últimas décadas”, analiza la influencia del socialismo del siglo XXI, liderado por Chávez, con influencia en los casos de Ecuador y Bolivia, donde destaca el hiperpresidencialismo imperante, con la búsqueda de reelecciones y con lesiones al sistema republicano, por lo que los denomina como pseudo-constitucionalismos. Y en el caso de Argentina, además de criticar el intento re-reeleccionista, también se refiere a las violaciones constitucionales que sufrimos.

¹⁹ Cfr. Gargarella, Roberto y Courtis, Christian, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*, Santiago de Chile, ONU-Cepal-Asdi, 2009. La de Bolivia tiene 411 artículos, además de las disposiciones transitorias, abrogatorias y final y establece una Asamblea Legislativa Plurinacional y un Tribunal Constitucional Plurinacional, indicándose en el Preámbulo que se trata de construir un “Estado unitario social de derecho plurinacional comunitario”. La de Ecuador alcanza los 444 artículos, 30 disposiciones transitorias, 1 artículo final, además de 30 artículos para la transición y un artículo final luego de la aprobación del referéndum. Gargarella insiste especialmente en el mérito de la Ley Suprema boliviana de enfrentar el problema de la marginación indígena que tenían (*op. cit.*, p. 3).

²⁰ Cfr. Rivera Santiváñez, José Antonio, “Análisis de la nueva Constitución Política del Estado”, en Serna de la Garza, José María (coord.), *Procesos constituyentes Contemporá-*

En el caso de Ecuador, ha sido notable el reconocimiento de nuevos derechos, como así también las nuevas relaciones entre el Ejecutivo y el Legislativo.²¹

En el caso de Venezuela, el expresidente Chávez promovió una reforma constitucional en 2007, que importaba una modificación sustancial de la anterior de 1999, para consolidar lo que denominaba un nuevo Estado socialista, de claro contenido autoritario y centralista. Dicha reforma fue rechazada por referéndum popular.²² No obstante ello, se introdujo en 2009 una enmienda constitucional en los artículos 160, 162, 174, 192 y 230, aprobada por el mismo procedimiento, que posibilitó la reelección indefinida del presidente, entre otros cargos públicos.²³

neos en América Latina. Tendencias y perspectivas, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 159. El autor señala que será complejo el proceso de implementación constitucional, ya que por ejemplo, se han reconocido 37 lenguas oficiales del Estado. Como no podemos detenernos en una consideración detallada de este caso, véanse los artículos de Jorge Asbun Rojas: “El proceso constituyente actual en Bolivia. La constante tensión entre libertad y autoritarismo”; José Antonio Rivera Santivañez, “Las tendencias del proceso constituyente en Bolivia” y “Análisis de la nueva Constitución Política del Estado”; Jaime Cárdenas Gracia, “El constituyente como restricción y como radicalidad democrática”; María del Pilar Hernández, “Los procesos constituyentes latinoamericanos. Una retrospectiva histórica de Colombia a Bolivia” y Francisco José Paoli Bolio, “Comentarios a la ponencia «Las tendencias del proceso constituyente en Bolivia», del doctor José Antonio Rivera Santivañez”, en *Procesos constituyentes Contemporáneos en América Latina. Tendencias y perspectivas*, cit., pp. 3-224.

²¹ Véase a Salgado Pesantes, Hernán, “La nueva dogmática constitucional en el Ecuador”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 981-1002. Allí formula reflexiones críticas sobre 3 cuestiones en materia de derechos: a) la designación de “derechos” en lugar de la de “derechos humanos”; b) los “derechos del buen vivir”, que provienen de la voz quechua “sumak kawsay”, dado que prefiere en su lugar “la vida digna”, que estima corresponde a la cosmovisión mayoritaria de los ecuatorianos y c) el reconocimiento de derechos a la naturaleza, pues considera que ello no es acorde con el concepto de derechos humanos. También formula críticas a la relación establecida entre los poderes Ejecutivo y Legislativo, con preeminencia del primero.

²² Véanse los artículos de Carlos M. Ayala Corao, “Venezuela: de la Constituyente de 1999 a la reforma constitucional de 2007”; Allan Brewer Carías, “La reforma constitucional en Venezuela de 2007 y su rechazo por el poder constituyente originario” y “El inicio del proceso constituyente en Ecuador en 2007 y las lecciones de la experiencia venezolana de 1999”; Graciela Soriano de García Pelayo, “Mito y reforma constitucional en Venezuela 2007” y Jorge Silvero Salgueiro, “Comentarios al proceso constituyente de 2007 en Venezuela”, todos en *Procesos constituyentes Contemporáneos en América Latina- Tendencias y perspectivas*, cit., 2009, pp. 333-544.

²³ Cfr. Serrafiero, Mario, “La reelección presidencial indefinida”, *Revista de Instituciones, ideas y mercados*, núm. 54, mayo de 2011, p. 239.

3. *La forma de gobierno presidencialista*

En estas reformas constitucionales se ha mantenido como forma de gobierno el régimen presidencialista, pero se produjeron algunos debates sobre la posibilidad de la incorporación de instituciones de tipo parlamentario.

Deben recordarse las opiniones de Linz, Valenzuela y Stepan²⁴ acerca de los problemas de gobernabilidad que atribuyeron al presidencialismo, agravados por un sistema electoral proporcional para el Poder Legislativo, lo que requería según estos autores, un cambio hacia el gobierno parlamentario, para hacer más estables los sistemas políticos democráticos. Sin embargo, este tránsito no se produjo, como se resolvió especialmente en el referéndum convocado al respecto en Brasil en 1993. Solo se introdujeron algunas instituciones de tipo semiparlamentarias o semipresidencialistas como la censura de ministros o la posibilidad de disolver el parlamento como respuesta a esta medida o la creación de un jefe de gabinete de ministros, como lo hicieron las Constituciones uruguay de 1966, guatemalteca de 1985, colombiana de 1991, peruana de 1993, argentina de 1994, ecuatoriana de 1998, venezolana de 1999, ecuatoriana de 2008 y boliviana de 2009.²⁵

Por otra parte, también desde los ámbitos doctrinarios, se ha respondido críticamente a estos intentos de cambio de la forma de gobierno, al señalarse que el presidencialismo no es uniforme en América Latina y que además existen mecanismos y fórmulas para que el mismo funcione con mayor eficacia.²⁶

²⁴ Cfr. Linz, J. y Stepan, A., *The Breakdown of Democratic Regimes*, Baltimore, John Hopkins University Press, 1978 y Linz, J. y Valenzuela, A., *La crisis del presidencialismo*, Alianza Universidad, 1994.

²⁵ Cfr. Zovatto G., Daniel, *op. cit.*, pp. 59 y 60. Véase también las siguientes obras: Zovatto, Daniel (coord.), *Regulación jurídica de los partidos políticos en América Latina*, México, UNAM-IDEA Internacional, 2006, y Nohlen, Dieter et al. (comps.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, 2a., México, UNAM-Universidad de Heidelberg-IDEA Internacional, Instituto Federal Electoral-Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-Fondo de Cultura Económica, 2007.

²⁶ Véase Fernández, M. y Nohlen, D., “El presidencialismo renovado: instituciones y cambio político en América latina”, Nueva Sociedad, Caracas, 1998. El conocido politólogo alemán considera que el método aplicable a esta materia es el histórico-empírico y en consecuencia se opone al trasplante de experiencias políticas y electorales que no se correspondan con las realidades de cada sistema. Asimismo véase el libro de Dieter Nohlen titulado *Sistema de gobierno, sistema electoral y sistema de partidos políticos*, México, Tribunal Federal Electoral-Instituto Federal Electoral de México-Fundación Friedrich Naumann, 1999. A su vez, Giovanni Sartori había propuesto un semipresidencialismo para la región, al oponerse tanto al presidencialismo como al parlamentarismo (en su trabajo

En definitiva, sostenemos que el problema del “hiperpresidencialismo” es uno de los más graves en nuestra región, aunque ello no se presenta en todos los países, pues hay distintas clases de presidencialismo en América Latina.²⁷

4. *Los sistemas electorales*

En cuanto a la elección de presidente de la República se observan en América Latina dos sistemas: el de mayoría simple o relativa y el de mayoría absoluta o especial a dos vueltas, que es el más difundido.

En efecto de 18 países hay 13 que imponen mayorías especiales, de los cuales hay ocho (Brasil, Chile, Colombia, El Salvador, Guatemala, Perú, República Dominicana y Uruguay) que exigen 50% más uno de los votos, mientras que otros cinco (Argentina, Bolivia, Costa Rica, Ecuador y Nicaragua) requieren entre 35 y 45% de los votos para ganar en primera vuelta.

En consecuencia, solo tienen el sistema de mayoría relativa para esta elección Honduras, México, Panamá, Paraguay y Venezuela.

Se deduce de ello que la tendencia en este periodo ha sido consolidar el sistema especial de mayorías absolutas o especiales de doble vuelta, para otorgar mayor legitimidad a los electos. Asimismo, se ha señalado también que otra tendencia ha sido la de posibilitar las reelecciones presidenciales en 12 de los 18 países, ya sea en forma inmediata o después de algún periodo.²⁸

Con respecto al sistema electoral aplicable a los órganos legislativos, hay que distinguir entre países con sistema unicameral o bicameral.

En el primer caso encontramos a Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú y Venezuela y en el se-

“Neither presidentialism nor parliamentarism”, en el libro de Linz y Valenzuela, *The failure of presidential democracy*, cit., pp. 106-118).

²⁷ Nos remitimos por razones de brevedad a nuestra obra *Derecho Constitucional*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 2012, en el Cap. XVII sobre “El Poder Ejecutivo”, especialmente los puntos I: “La función ejecutivo y su liderazgo en la realidad contemporánea”. II. “Presidencialismo y Parlamentarismo”. III. “El Presidencialismo en América Latina”. y IV. “El Presidencialismo argentino”, y en particular, IV.3. “El hiperpresidencialismo”, en pp. 1279 a 1305.

²⁸ Cfr. Zovatto G., Daniel, *op. cit.*, pp. 62 y 63. Véanse también las siguientes obras: Zovatto, Daniel (coord.), *Regulación jurídica de los partidos políticos en América Latina*, México, UNAM-IDEA Internacional, 2006, y *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, cit.

gundo a Argentina, Brasil y México que son federales y que tienen Senado, lo mismo que otros países unitarios que no obstante ello también lo tienen como Bolivia, Chile, Colombia, Paraguay, República Dominicana y Uruguay. Deteniéndonos específicamente en el sistema electoral de la Cámara Única o de la Cámara de Diputados en el sistema bicameral, Zovatto señala que hay 10 países con tendencia proporcional (Argentina, Bolivia, Brasil, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Perú, Uruguay y Venezuela) y ocho con tendencia mayoritaria (Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay y República Dominicana).

Asimismo el autor sostiene que se puede indicar que en América Latina predominan los países que tienen listas cerradas y bloqueadas, como Argentina, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana y Uruguay.²⁹

IV. CULTURA CONSTITUCIONAL Y CALIDAD INSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA³⁰

1. *Débil cultura constitucional y de la legalidad*

Bajo nuestro punto de vista, sin dejar de valorar positivamente las reformas producidas, que además han consolidado el constitucionalismo social e ingresado en algunos casos en el constitucionalismo de la internacionalización de los derechos humanos, insistimos en que una de las características más notorias de la región es la distancia que separa las Constituciones reales de las formales. Distintos autores han señalado los graves defectos de

²⁹ Cfr. Zovatto G., Daniel, *op. cit.*, pp. 64-68. Para un análisis más detallado de los sistemas electorales, véase este mismo trabajo referenciado y los indicados en la nota anterior. Por nuestra parte, consideramos que luego de las reformas producidas en Ecuador y Bolivia, se han incorporado mayores elementos del sistema mayoritario para las elecciones legislativas.

³⁰ En relación a este tema, efectuaremos un análisis general de la región, que no comprende a Uruguay, Chile y Costa Rica, dado que en los diversos estudios y encuestas efectuados, dichos países alcanzan estándares regulares sobre calidad institucional y funcionamiento democrático. En relación a Argentina, véanse las siguientes obras de Antonio María Hernández, “Argentina, Constitutional Law”, *International Encyclopaedia of Laws, Kluwer Law International*, Suppl. 81, junio de 2009, y “Argentina, Subnational Constitutional Law”, *International Encyclopaedia of Laws, Kluwer Law International*, Suppl. 66, (2005), *Derecho Constitucional*, t. 1, cap. I y “Fortalezas y debilidades constitucionales. Una lectura crítica en el Bicentenario”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012.

la vigencia de la ley, que demuestran nuestro subdesarrollo y los problemas que atraviesan nuestras democracias.³¹

En este aspecto, destacamos nuestra obra *Encuesta de cultura constitucional. Argentina: una sociedad anómica*,³² que junto a otras,³³ han demostrado desde una visión interdisciplinaria la deficiente cultura constitucional y de cumplimiento de la ley que existe en Argentina, Bolivia y México.

2. Las emergencias

Hemos publicado un libro donde estudiamos cómo las emergencias políticas, económicas y sociales han sido el motivo utilizado recurrentemente para producir la decadencia del Estado de derecho argentino, mediante el avance sobre los derechos individuales y la lesión al equilibrio de los poderes y al sistema republicano, pues reúne más poder el Ejecutivo y disminuyen los controles del Legislativo y del Judicial.³⁴ Estas conclusiones

³¹ Ernesto Garzon Valdés en un trabajo titulado “Derecho y democracia en América Latina” (publicado en la *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba*, vol. 7, núms. I y II, 2000), comienza sosteniendo: “Desde el punto de vista de la vigencia de ordenamientos políticamente democráticos y socialmente justos, América Latina sigue siendo el continente del desencanto y de la frustración. Al concluir el siglo XX, buena parte de sus países se encuentran en una situación más deficitaria aún que a comienzos del siglo” (p. 133). Más adelante, el reconocido autor indica que la “adopción de un punto de vista interno democrático” y el “establecimiento de una sociedad homogénea” son dos condiciones necesarias para la “plena vigencia de un orden jurídico como el que prescriben las Constituciones latinoamericanas” (p. 165). Finalmente expresa que “el problema de la relación entre derecho y democracia en América Latina no reside tanto en la promulgación de nuevas Constituciones sino más bien en la aplicación efectiva de las ya existentes a través de una política jurídica que haga posible el establecimiento de una relación causal entre prescripción normativa y comportamiento humano” (pp. 167/8). Por su parte, Carlos Santiago Nino en su notable libro titulado *Un país al margen de la ley*, (publicado por Emecé, en Buenos Aires, 1992) referido a la Argentina, explica desde la filosofía del derecho, la sociología y el derecho cómo la anomia es una de las características más negativas de nuestra sociedad. Nosotros pensamos que desafortunadamente estas penosas realidades también son comunes a otros países de la región.

³² De autoría de Hernández, Antonio María, Zovatto, Daniel y Mora y Araujo, Manuel, editada por la UNAM, la Asociación Argentina de Derecho Constitucional e IDEA Internacional, México, 2005.

³³ Concha Cantú *et al.*, *La cultura de la Constitución en México*, México, UNAM, 2004, y en Bolivia, *El estado de la opinión: los bolivianos, la Constitución y la Constituyente*, La Paz, Bolivia, PNUD-IDEA Internacional, 2007.

³⁴ Véase Antonio María Hernández (h.), *Las emergencias y el orden constitucional*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2002, y 2a. ed., México, UNAM-Rubinzal Culzoni, 2003) donde analizamos las distintas emergencias padecidas y los institutos de emergen-

en general pueden extenderse a otros países de la región, no obstante las características distintivas entre ellos.

3. *El hiperpresidencialismo*

Estimamos necesaria una explicación acerca del uso de la denominación “hiper-presidencialismo”, tanto en Argentina como en otros países de la región.

Para nosotros este fenómeno se caracteriza por la concentración del poder en el presidente, mas allá de las competencias fijadas por la Constitución, en desmedro de la división y equilibrio de los poderes y de los principios de la democracia constitucional. Debemos a Carlos Santiago Nino el más profundo estudio de esta grave patología institucional, que produce incommensurables efectos negativos para el sistema político y jurídico y para una sociedad abierta, en su obra *Fundamentos de derecho Constitucional*.³⁵

En el hiperpresidencialismo gobierna el presidente, mediante decretos de necesidad y urgencia y legislación delegada, sin adecuados controles del Congreso que declina sus atribuciones, ni del Poder Judicial, que no efectúa un adecuado control de constitucionalidad. Actualmente pueden incluirse en esta categoría los casos de Argentina, Bolivia, Ecuador, Nicaragua y Venezuela.³⁶

cia previstos, prohibidos y no previstos por la Constitución, que sirvieron para producir tan negativos efectos, en un país que ha vivido de emergencia en emergencia y con legislaciones que violaron la Ley Suprema.

³⁵ Que lleva como subtítulo “Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional” y que fue publicado por Astrea, Buenos Aires, 1992.

³⁶ Véase Hernández, Antonio María, “Federalismo y constitucionalismo provincial”, Cap. VIII, “Sobre presidencialismo y federalismo en la República Argentina”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009 y *Derecho Constitucional*, t. II, *cit.* en el cap. XVII sobre “El Poder Ejecutivo”, en los puntos indicados en la nota 26. Por su parte, también manifestó su preocupación al respecto Carpizo, porque: “..la falta de confianza en los partidos políticos, la atomización del sistema de partidos políticos, la corriente reeleccionista, el debilitamiento de los poderes legislativo y judicial, los referendos manipulados y no conducidos conforme a la ley, el problema del crimen organizado y un deterioro de la moral pública, vayan a conducir, a varios o a muchos de nuestros países, a una nueva ola, no de fortalecimiento de la democracia, sino de hiperpresidencialismo, donde los pesos y contrapesos del poder se debilitan y la protección de los derechos humanos palidece” (*Tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano, cit.*, p. 31).

4. *Democracias corporativas y delegativas*

Carlos Nino señaló además el problema del corporativismo, que consideraba muy importante para comprender la política latinoamericana, por su vinculación con regímenes políticos como el autoritarismo burocrático y con ideologías como el populismo. Y consideraba que en “Argentina la corporativización del Estado ha sido obvia”, señalando el accionar de las Fuerzas Armadas por la toma del poder, el de la Iglesia católica, los sindicatos y en el sistema económico por la concesión de privilegios, monopolios, subsidios a determinados grupos de contratistas del Estado.³⁷ Por eso consideraba que nuestra democracia era “corporativa” y alejada del modelo que defendía de democracia “deliberativa”.³⁸

Agregamos a ello el problema de las democracias “delegativas”, que se diferencian de las representativas, pues se otorgan amplios poderes por el electorado a los presidentes, que gobiernan prácticamente solos o con un pequeño círculo y sin los controles de los otros poderes.³⁹

5. *Federalismos centralizados*

En el caso de los Estados federales como Venezuela, México, Argentina y Brasil, es evidente el proceso de centralización que se ha producido, aunque estos últimos ejemplos no pueden compararse con el primero, donde ya es muy difícil catalogar a dicho país como federal.⁴⁰

V. PERSPECTIVAS DE LOS SISTEMAS CONSTITUCIONALES EN AMÉRICA LATINA

En consecuencia, hacia el futuro aparecen dos opciones: o la continuidad y agudización de los problemas de calidad institucional e incumplimiento de la legalidad en las sociedades de la región o por el contrario, el inicio de un

³⁷ Cfr. Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, cit., pp. 562-566.

³⁸ Cfr. *ibidem*, p. 605.

³⁹ O'Donnell, Guillermo, “La democracia delegativa”, *La Nación*, 28 de mayo de 2009.

⁴⁰ Para un análisis de los sistemas políticos federales, véase Hernández, Antonio María, *Federalismo y Constitucionalismo Provincial*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, Cap. I.

proceso de cambio profundo que eleve el nivel de respeto y cumplimiento de las leyes y de nuestra cultura democrática y jurídica.

Es que debe comprenderse que no puede haber desarrollo ni avances sustanciales en la democracia latinoamericana,⁴¹ sin una efectiva vigencia de la fuerza normativa de las Constituciones y de la seguridad jurídica.

O sea que éste debe ser el objetivo primario en lo inmediato. Después habrá que pensar en instancias superadoras, para lo cual estimamos conveniente la consideración de estos temas:

1. *La consagración del derecho internacional de los derechos humanos*

Luego del triunfo sobre el totalitarismo en la Segunda Guerra Mundial, las Naciones Unidas, en su Carta constitutiva de 1945, proclamaron como el gran objetivo la vigencia de la democracia y los derechos humanos, que fueron solemnemente anunciados en la Declaración Universal del 10 de diciembre de 1948.

A partir de allí comenzó un importante proceso que importó la sanción de tratados internacionales en la materia y que vinculó más estrechamente a los órdenes constitucionales nacionales con el derecho internacional público. Esto significó —como antes lo adelantamos— el tránsito del constitucionalismo social al del derecho internacional de los derechos humanos. Por ello fueron establecidos los sistemas mundial y regionales —como el europeo y americano— de protección de los derechos humanos.

Esta tendencia hacia la búsqueda de la paz perpetua —como lo preconizara Kant—, constituye para nosotros uno de los aspectos positivos

⁴¹ Recuerdo aquí especialmente a Jorge Carpizo, que luchó denodadamente por ella, con sus calidades de hombre de Estado, jurista y notable universitario. Y en particular, se debe tener presente su profundo análisis sobre los “contenidos materiales de la democracia”, como así también su “propuesta de cinco claves”, efectuada en uno de sus últimos aportes, el artículo “Tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano”, de especial relevancia para el actual Congreso Iberoamericano. Con respecto a sus claves para la democracia latinoamericana, sostenía Carpizo: “Una de carácter formal, que consiste en la celebración de elecciones libres, objetivas, equitativas y periódicas. Tres de carácter material, a saber: a) El respeto y protección de los derechos humanos, primordialmente de los de carácter civil y político. b) La importancia que representa la oposición. c) La desconcentración del poder y el equilibrio entre los órganos de éste. Una última de carácter social, que se refiere a la calidad de vida de los habitantes, tomando en cuenta satisfactores tales como alimentación, educación, protección a la salud, trabajo, vivienda y esparcimiento”. (“Tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano”, en *Tendencias del Constitucionalismo en Iberoamérica*, cit., p. 8).

de la actual globalización, que pone el énfasis para ello en la vigencia efectiva de la democracia y de los derechos humanos.

En este aspecto, resulta evidente que ahora los derechos humanos tienen dos fuentes: la nacional y la internacional y que asimismo existen tribunales supranacionales en la materia, lo que junto al fenómeno de la integración, ha impactado en las leyes supremas de la región, originándose una distinta respuesta, pues algunas se han modificado para atender tal situación mientras que otras todavía no han contemplado adecuadamente estas nuevas realidades. En consecuencia, somos de la opinión que una de las perspectivas a considerar en futuras reformas constitucionales es la definitiva incorporación de esta fase superior del constitucionalismo.⁴²

2. *La afirmación del derecho de la integración*

Estamos convencidos que para evitar las consecuencias negativas del proceso de globalización en nuestra región, los países deben desarrollar procesos de integración y de descentralización de manera simultánea.⁴³

En cuanto al primer proceso, que está en marcha —más allá de sus problemas—, con las experiencias del Mercosur y del Nafta principalmente, se advierte que se está gestando un derecho de la integración, que en el futuro ha de originar un derecho comunitario, tal como lo indica la más avanzada experiencia de la Unión Europea.

Como lo dijimos anteriormente, dicho derecho no ha sido todavía contemplado por todos los órdenes constitucionales en la región y ello indica que también deberá ser incluido en la agenda de posibles modificaciones constitucionales en la región.

⁴² Como ha ocurrido con las reformas constitucionales de Colombia, en 1991 y de Argentina, en 1994. Esta última consagra el reconocimiento de jerarquía constitucional para los 11 instrumentos internacionales de derechos humanos allí consignados, además de la posible incorporación de nuevos tratados a este sistema por parte del Congreso, en el inc. 22 del artículo 75. Asimismo, por el inc. 24 de la misma norma citada, referida a las atribuciones del órgano legislativo federal, se le otorga la facultad de aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales.

⁴³ Véase Antonio María Hernández (h.), *Integración y globalización: rol de las regiones, provincias y municipios*, Buenos Aires, Depalma, 2000 y *Federalismo y constitucionalismo provincial*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009. Allí explicamos que tanto la integración como la descentralización están interrelacionadas y que debe desarrollarse un avance simultáneo de ambos procesos para afirmar la mejor inserción posible en el mundo actual mediante la integración y por otra parte, por la descentralización, para la defensa de nuestras individualidades, tradiciones y culturas, amenazadas especialmente por la globalidad de los medios de comunicación masivos.

3. *La consolidación de un proceso de descentralización del poder*

Más allá de las distintas formas de Estado prescritas en América Latina, se puede observar como una de las características generales, la existencia de notorios fenómenos de centralización del poder, que incluye a los Estados federales.

En consecuencia, y a la luz de lo que acontece en los países más avanzados, donde la descentralización del poder es una auténtica idea fuerza,⁴⁴ consideramos que en América Latina se producirá paulatinamente un proceso de igual naturaleza. Obsérvese que estos debates se están produciendo no solo en los Estados federales sino también en los unitarios, que están avanzando en procesos de regionalización, como Perú, Chile, Colombia, Ecuador y Paraguay.

Por otra parte, reiteramos que la descentralización es la otra respuesta inteligente a los desafíos de la globalización. El neologismo “glocal” nos indica que debemos pensar ubicados en el mundo globalizado en que estamos insertos, pero que debemos actuar localmente y en consecuencia, existe la imperiosa necesidad de defender las autonomías y competencias de los gobiernos subnacionales y locales.

Mientras bien se ha destacado la importancia de las ciudades en la era actual,⁴⁵ nosotros hemos precisado el rol de las regiones, provincias y municipios en los procesos de integración nacional y supranacional.⁴⁶

En consecuencia, estos dos procesos requieren un profundo cambio del derecho público de la región, a la luz del mundo actual, que muestra la tendencia hacia un regionalismo abierto, más allá de las fronteras nacionales.

4. *La afirmación del control de constitucionalidad*

Para nosotros resulta también muy importante que en el futuro se afirme el control de constitucionalidad, cualquiera que sea la modalidad de cada

⁴⁴ Con dos ejemplos notables: a) la creación de una nuevas formas federativas, como en Italia, Francia, España e incluso Inglaterra con la “devolution”, que ha transformado los anteriores estados unitarios y b) la consagración de una federación de estados en la nueva Constitución de Europa, como etapa final del proceso de integración europea. Véase *Federalismo y constitucionalismo provincial*, cit., en su cap. I.

⁴⁵ Borja, Jordi y Castells, Manuel, *Local y global-La gestión de las ciudades en la era de la información*, Madrid, Taurus, 1997.

⁴⁶ Hernández, Antonio María (h.), *Integración y globalización: rol de las regiones, provincias y municipios y Federalismo y Constitucionalismo Provincial*, cit.

país, para asegurar la supremacía de la Constitución y por tanto, el buen funcionamiento de los poderes y la vigencia de los derechos humanos.

5. *Asegurar Estados eficaces*

También pensamos que otra perspectiva debe ser la de asegurar el cumplimiento eficaz de los roles del Estado en el contexto de las democracias de la región. Ello significa fortalecer los poderes públicos y democráticos frente al avance de las corporaciones de poder económico y mediático. En consecuencia, debe producirse un renovado debate sobre las políticas públicas y la modernización de la administración, para alcanzar la vigencia de los principios del constitucionalismo social, en una América Latina que atraviesa graves problemas de este tipo.

En definitiva, necesitamos consolidar la fuerza normativa de las Constituciones y crear una nueva conciencia en la materia, para superar las promesas incumplidas de la democracia (Bobbio)⁴⁷ y lograr un buen funcionamiento del gobierno, del mercado y de la sociedad civil. Ello demanda, insistimos, una lucha tenaz y permanente para elevar la cultura institucional, política y jurídica de América Latina y para superar las profundas desigualdades que se padecen en la región.⁴⁸

⁴⁷ Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, España, Plaza & James, 1985.

⁴⁸ Escribió Carpizo al finalizar su trabajo antes citado: “De estos treinta años de fortalecimiento democrático y constitucional, no debe darse ningún paso hacia atrás. Ningún retroceso. Al contrario. La ruta es el fortalecimiento y la consolidación de la democracia política y social. Ello es también nuestra responsabilidad y debe ser, asimismo, nuestro compromiso” (*Tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano*, cit., p. 31).

LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN. TENSION ENTRE APLICACIÓN Y REFORMA CONSTITUCIONAL

Carla HUERTA

SUMARIO: I. *El estado de la cuestión.* II. *Naturaleza de la Constitución.* III. *Estructura y función de la Constitución.* IV. *Reserva constitucional.* V. *La reforma constitucional.* VI. *Sobre la fuerza normativa.* VII. *Reflexiones finales.*

I. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

El tema a discutir es, una vez más, la procedencia de la reforma constitucional, problema siempre actual y que se discute cada vez que se pretende realizar modificaciones a la Constitución. El debate en torno a la necesidad y oportunidad de la reforma no solo es de orden político, sino también jurídico. La reflexión que se hace a continuación tiene por objeto discutir la banalización del procedimiento de reforma y de la propia Constitución, ya que la excesiva frecuencia con que se lleva a cabo no se justifica, ni por los temas que se incluyen ni por la idea que los gobernantes pueden tener de su propia trascendencia o de los efectos místicos que crean que las reformas pueden tener. Muchas de las reformas se basan en mi opinión, en una concepción errónea de la naturaleza y función de la Constitución.

Si bien es cierto que la Constitución es una norma de un tipo especial, sobre todo en su carácter de norma suprema del sistema jurídico, eso no la transforma en un documento que opere al margen del sistema, pues su actualización depende de las mismas condicionantes que cualquier otra norma jurídica, requiere de un órgano y un procedimiento regulado para exigir su cumplimiento, así como para la imposición de una sanción en caso de la infracción de sus preceptos. En virtud de su función delimitadora de la creación de normas, sus disposiciones son las normas más generales y abstractas del orden jurídico, y así debe ser, pues esto hace posible su interpretación, esta flexibilidad de sentido refuerza su permanencia.

La doctrina se ha ocupado de analizar diversos problemas jurídicos relativos al cambio constitucional como son los límites y alcances de la reforma constitucional, la posibilidad de otorgar una nueva Constitución siguiendo el procedimiento establecido en la Constitución vigente, así como la viabilidad de aplicar dicho procedimiento para reformar el artículo que lo prescribe, entre otros. En esta ocasión, sin embargo, me ocuparé solo del impacto jurídico del uso abusivo de las facultades reformativas de la Constitución.

La idea es analizar desde la perspectiva jurídica la conveniencia de reformar de manera continua la Constitución, tanto por lo que a los contenidos se refiere, es de manera continua decir, las materias que realmente necesitan ser reguladas en la norma suprema, como a su fuerza normativa, esto es, al necesario equilibrio entre su permanencia y la necesidad de adecuarla a las exigencias reales, a la tensión entre norma y realidad en términos de su función en un sistema jurídico.

El doctor Jorge Carpizo¹ al reflexionar sobre la necesidad de una nueva Constitución en México, señala que se pueden identificar tres corrientes de pensamiento principales: primero, la que sostiene que no es necesario continuar reformando la Constitución, segundo, la que afirma que existen razones para crear una nueva Constitución, y finalmente, la que considera que la Constitución necesita cambios para perfeccionarla.

Como ejemplo de las posturas que se encaminan en la tesis de que no es necesario continuar reformando la Constitución, menciona la postura que he presentado en diversos trabajos, que sostiene que al día de hoy la reforma constitucional se ha trivializado, por lo que es necesario superar la idea de que el desajuste funcional se soluciona mediante una reforma constitucional, pues lo que se tiene que hacer es obligar a la autoridad a cumplir con sus deberes constitucionales para lograr la eficacia de la Constitución. Asimismo, indica la postura de José Ramón Cossío quien hace una advertencia respecto de los cambios constitucionales que resulta oportuna, pues en su opinión el problema central no es la Constitución, sino su cumplimiento real que se deforma por factores extrajurídicos.

Como ejemplo de la tesis de la necesidad de crear una nueva Constitución el doctor Carpizo menciona la de Jaime Cárdenas, quien afirma que nuestra Constitución como obra de un grupo vencedor no refleja el consenso de todas las fuerzas políticas, esto aunado a que la Constitución no goza de legitimidad por los múltiples abusos a los que ha sido sometida.

¹ “¿Se necesita una nueva Constitución en México? Algunas reflexiones y seis propuestas”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 24, enero-junio de 2011, pp. 141-167.

da y a su falta de normatividad ya que no regula el proceso de poder y no cuenta con la lealtad de todos los sectores del país, genera en opinión de Cárdenas que su articulado no produzca certeza, sino confusión.

La tesis de la necesidad de reformas y no de una nueva Constitución, se enfoca en el argumento de que la realidad constitucional de México ha cambiado, y que los avances democráticos son importantes y aún insuficientes. Carpizo menciona que Ignacio Burgoa defiende esta tesis con una propuesta de cambios constitucionales para el mejoramiento y adecuación en algunos preceptos esenciales a las exigencias que reclama la evolución, tanto social, económica, política, como cultural del pueblo mexicano.² También incluye a Héctor Fix-Zamudio como a favor de los cambios y reformas constitucionales, ya que toda norma fundamental debe transformarse para responder a los problemas sociales de la época, quien considera que la evolución de la Constitución mexicana aún no ha concluido, por lo que será necesario seguir perfeccionándola.

La postura del doctor Carpizo parece afiliarse a este último grupo, pues manifiesta que sí son necesarias las reformas de fondo a la Constitución aunque éstas deben proceder únicamente para resolver problemas extremadamente graves, respetando el procedimiento constitucional que sugiere se vincule al refrendo, pero sin olvidar que los problemas actuales no son resultado de las normas constitucionales, sino de su no aplicación.

A continuación se examinan algunos elementos necesarios para poder emitir una opinión sobre la reforma constitucional en términos de la fuerza normativa de la Constitución, pues si bien en todas las tesis mencionadas existen argumentos válidos, conviene revisar algunos conceptos e instituciones para adoptar una postura adecuada en relación con la cualidad y función de la Constitución.

II. NATURALEZA DE LA CONSTITUCIÓN

Si bien es cierto que la palabra “Constitución” es usada de manera constante y en general la gente tiene alguna idea de a qué se refiere, la determinación de su significado es relevante para esta discusión, por lo que aquí

² Aunque como lo menciona Ardant, la mayoría de las reformas en realidad no tienen por objeto su mejora o perfeccionamiento, ya que en realidad resultan de las circunstancias, de una mayoría que se beneficia del control provisional que tienen de los medios de reforma. Ardant, Philippe, “Qu’est qu’une «Bonne Constitution»”, *El significado actual de la Constitución*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 38.

retomamos la cuestión sobre ¿qué es una Constitución? Pregunta persistente, y no obstante válida, a pesar de estar habituados a dicha norma. Identificar las propiedades relevantes del concepto de Constitución tiene por objeto entender su especial naturaleza, lo cual permite entender la relevancia y necesidad del procedimiento de reforma, así como de la medida en su utilización. La idea por lo tanto, no es dar una definición de Constitución, sino entender su naturaleza y función mediante la explicación de dicho concepto para lograr una mejor comprensión y objetivar de alguna manera la concepción que actualmente se tiene de ella, sobre todo por lo que representa y el valor que como norma fundamental se le atribuye.

Ferdinand Lasalle señalaba que la “esencia” de la Constitución es la suma de los factores reales de poder de un país, para él, son la fuerza activa y eficaz que informa las leyes e instituciones jurídicas de una sociedad. Entre estas fuerzas no solo considera el poder económico, sino también la conciencia colectiva y la cultura general del país. Cada una de éstas es un fragmento de la Constitución real y efectiva que se erige en derecho, transformándose así en factores jurídicos.³ La relevancia de estos factores es incuestionable por ser decisivos para la estructura y funcionamiento de un Estado, así como para mantener vigente el sistema jurídico. Sobre todo en el momento inicial, al otorgar una Constitución, pues el modelo constitucional originario refleja los factores de poder que llevaron a su otorgamiento. No obstante, conforme transcurre el tiempo, la sociedad y el Estado cambian y la realidad se distancia de la norma constitucional. Esto se debe a que el derecho regula una sociedad específica en un determinado momento histórico y cultural, en consecuencia, las reformas a una Constitución deben reflejar los intereses de los factores reales de poder vigentes respetando las determinaciones originarias necesarias, de otra manera sería letra muerta, o una simple “hoja de papel” la Constitución escrita como dice Lasalle.⁴

En este sentido, Konrad Hesse⁵ señalaba que la Constitución ha de entenderse en términos de su objeto pretendido y que la normatividad de la Constitución vigente es la de un orden histórico concreto y por lo tanto, individual y concreta. Por lo que en su opinión, “la Constitución es el or-

³ En esta conferencia señala que aborda los problemas constitucionales desde la perspectiva científica por lo que no parte de supuesto alguno para aclarar el concepto de Constitución. Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, México, Ediciones Coyoacán, 2009, p. 52.

⁴ *Ibidem*, p. 72.

⁵ Hesse, Konrad, “Concepto y cualidad de la Constitución”, en *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 3 y 4.

den jurídico fundamental de la comunidad”,⁶ que contiene los principios rectores de acuerdo con los cuales se debe formar la unidad política. En consecuencia define la Constitución a partir de su finalidad y su función, siendo la primera garantizar la formación y mantenimiento de la unidad política.⁷

El reconocimiento de los factores reales de poder fortalece la permanencia de la Constitución cuando requiere adecuarse a la realidad, siempre y cuando no se reforme en demasía en detrimento de la seguridad jurídica. Pues si bien es cierto, que la dinámica es una propiedad relevante del derecho dado que es necesario adaptar la norma fundamental a la realidad, también lo es que es imprescindible encontrar un equilibrio entre norma y realidad, entre permanencia y cambio si las normas han de cumplir su función de guías de conducta y el derecho, ha de operar como herramienta de conformación social como sostiene Kelsen.⁸

El derecho positivo es una creación humana que responde a los requerimientos de las personas y las sociedades que lo implementan, por ende, no puede ser inmutable. Rousseau, afirmaba que “es contrario a la naturaleza del cuerpo político imponerse leyes que no pueda revocar; pero que no es ni contra la naturaleza ni contra la razón que no pueda revocar esas leyes sino con la misma solemnidad con la que las estableció”.⁹ Por ello es que corresponde también a una asamblea representativa del pueblo la reforma constitucional, determinar la forma y la mayor o menor rigidez del procedimiento corresponde a la Constitución, o lo que es lo mismo, el pueblo al otorgarla.

Carl Schmitt propone, desde la perspectiva de la teoría de la Constitución, un análisis sistemático del concepto de “Constitución”, sobre todo porque el término puede ser usado en varios sentidos. Para superar este problema, aclara que el objetivo es explicar solo la “Constitución del Estado”, esto es, “de la unidad política de un pueblo”.¹⁰ Define a la Constitución en sentido positivo, como la norma cuyo contenido es la determinación consciente de la concreta forma de ser de la unidad política,¹¹

⁶ *Ibidem*, p. 16.

⁷ *Ibidem*, p. 7.

⁸ Kelsen, Hans, “Law as a Specific Social Technique”, *University of Chicago Law Review*, vol. 9.

⁹ Rousseau, Jean-Jacques, *Considérations sur le gouvernement de Pologne et sur sa réformation projetée*, Londres, 1782, p. 94, consultado el 13 de septiembre en <http://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=njp.32101071960866;view=1up;seq=104>.

¹⁰ Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1982, p. 35.

¹¹ *Ibidem*, p. 58.

y menciona que en el fondo de la regulación reside una decisión política del titular del poder constituyente, esto es, del pueblo. En este sentido positivo del concepto de Constitución se hace énfasis en dos notas centrales de la Constitución: su cualidad de norma jurídica y su intangibilidad, característica que provee vigencia permanente a la Constitución, aun en los casos en que se producen cambios de orden político en un Estado.¹² Considerar a la Constitución como norma implica principalmente reconocer que produce efectos jurídicos, y por lo mismo es necesario determinar su fuerza y eficacia normativas, las cuales derivan de su posición en el sistema jurídico, la cual no puede ser otra que la suprema, pues la Constitución como primera norma del sistema regula los procedimientos de creación, y de su conformidad con ella derivan cadenas de validez de producción normativa.

La Constitución es para Schmitt, elemento de cohesión y unidad de un Estado, y norma su organización y funcionamiento. Según este autor, la Constitución de un Estado se integra por dos elementos, el primero es la protección de la libertad individual frente al Estado, y el segundo, la forma de gobierno, el elemento político del que procede.¹³ Señala que la libertad se deduce de dos principios, el de distribución, basado en la idea de que la libertad antecede al Estado por lo que el poder del Estado es limitado (principio de división de poderes), y el de organización, que pone en práctica el de distribución al distribuir en la Constitución las funciones mediante un sistema de competencias circunscritas.¹⁴

En virtud del cambio que el papel de la Constitución ha sufrido en la realidad sociopolítica, Loewenstein propone una clasificación de carácter ontológico que permita distinguir su naturaleza y cualidades esenciales, como expresión de la realidad de la idea, pues el objetivo no es analizar su “esencia o contenido”, sino buscar la concordancia de la Constitución con la realidad del proceso del poder.¹⁵ Su propuesta refleja las relaciones entre la Constitución formal y la Constitución real, por lo que las clasifica como normativa, nominal y semántica. El concepto de Constitución normativa, esto es en su calidad de norma, parte de la tesis que la Constitución escrita es lo que los operadores jurídicos y los sujetos normativos hacen de ella, que una Constitución sea efectivamente “vívida” dice, de-

¹² *Ibidem*, pp. 64 y ss.

¹³ Schmitt se refiere a la Constitución moderna del Estado burgués de derecho como concepto ideal, por ser el tipo que predomina en su tiempo, *ibidem*, pp. 80 y 181.

¹⁴ *Ibidem*, p.183.

¹⁵ Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Ariel, 1986, pp. 216 y 217.

pende de su realización. Por eso señala que para que una Constitución sea real y efectiva tiene que ser observada lealmente por todos los interesados e integrada en la sociedad estatal, y ésta en ella. Una Constitución es normativa cuando “sus normas dominan el proceso político, o a la inversa, el proceso del poder se adapta a las normas de la Constitución y se somete a ellas”.¹⁶ En su opinión, la permanencia de una Constitución refleja esta relación, los cambios constantes a la Constitución son contrarios a su estabilidad y efectividad, por lo que considera que el carácter normativo, esto es vinculante, de la Constitución depende de la práctica.

Un aspecto a destacar es que la Constitución tiene un doble carácter, pues es límite jurídico del poder y origen del mismo como señala Rolando Tamayo,¹⁷ y su función es establecer la estructura del sistema estatal y controles del poder político. La Constitución es para él un conjunto de normas que confieren facultades, establecidas por el acto constituyente del orden jurídico, o en otras palabras, “la Constitución funda competencias, creando así poder estatal conforme a derecho”.¹⁸ Aunque, la Constitución es además la norma que organiza al Estado como sostiene Hermann Heller, para quien la Constitución “no se caracteriza por la forma escrita, sino por el hecho de que la estructura total del Estado deba ser regulada en un documento escrito único”¹⁹ que racionaliza el poder mediante su limitación jurídica objetiva.

Para Loewenstein,²⁰ la finalidad de toda Constitución es limitar el poder, de modo que su nota distintiva es operar como dispositivo fundamental de control del proceso del poder, mediante un sistema de reglas fijas que limitan su ejercicio. Pero el derecho limita al poder para asegurar no solo la forma política, sino también la libertad. De modo que si la Constitución se explica de acuerdo con su finalidad y función, como sugiere Hesse, entonces se puede considerar como el ordenamiento jurídico que constituye y racionaliza el poder para asegurar la libertad individual.²¹ Según Aragón, en realidad el único fin de la Constitución es la libertad, ya que la distribución de funciones es tan solo una forma de asegurarla.²²

¹⁶ Loewenstein, *ibidem*, p. 218.

¹⁷ *Introducción al estudio de la Constitución*, 2da. ed. México, UNAM, 1986, p. 294.

¹⁸ *Ibidem*, p. 20.

¹⁹ Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987, p. 290.

²⁰ Loewenstein, *op. cit.*, p. 36.

²¹ Hesse, *op. cit.*, p. 21

²² Aragón, “La función legislativa de los parlamentos y sus problemas actuales. Consideraciones generales”, en *Perspectivas actuales del derecho*, México, ITAM, 1991, p. 21.

Desde el punto de vista formal, la Constitución es una norma jurídica, escrita y rígida, materialmente en cambio, su contenido mínimo son la división de poderes y los derechos fundamentales, estructura mediante la cual se organiza el poder para preservar la libertad. Que sea escrita es tan solo una propiedad de carácter formal que ofrece a la Constitución una cierta estabilidad y protección contra modificaciones, principalmente por el legislador ordinario dada su suprallegalidad. La rigidez es otra cualidad formal que, sin embargo, no define a la Constitución aunque como bien menciona Schmitt, en el requisito de una reforma dificultada hay una cierta garantía de duración y estabilidad, esta garantía de durabilidad se le confiere por su cualidad de norma fundamental, pero el procedimiento de reforma no define la esencia del objeto reformado.²³

El concepto de Constitución de Kelsen no es desarrollado a partir de sus contenidos, sino de su jerarquía y función, de su naturaleza, la Constitución es un “deber ser”, esto es, una norma jurídica. En sentido material se conforma por las disposiciones que regulan la creación de tales normass, su función es designar los órganos encargados de la creación de normas generales, determinar el procedimiento correspondiente y especificar los contenidos debidos.²⁴ La Constitución es la norma que regula la producción de las normas jurídicas, de ella depende el principio mismo de creación, es la norma fundamental de la que desciende por grados el resto del orden jurídico.

Según el concepto jurídico de Constitución de Kelsen, el orden jurídico es un sistema escalonado en el que la norma superior establece los órganos, procedimientos y contenidos debidos en la creación de las normas inferiores.²⁵ De esta forma, la Constitución como última norma positiva del sistema se configura como criterio de validez formal y material del sistema. De su posición en el sistema jurídico deriva una propiedad determinante de la Constitución, su supremacía, por lo que como norma suprema es exigible jurídicamente y opera como parámetro de referencia último de todas las normas y actos jurídicos.

En síntesis, la cualidad de la Constitución es ser norma jurídica suprema del sistema jurídico cuya función es limitar el ejercicio del poder y garantizar la libertad mediante el establecimiento de controles, su vocación es la permanencia a pesar de la dinámica del derecho, por ello es

²³ Schmitt, *op. cit.*, pp. 52-54.

²⁴ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y el estado*, trad. de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1988, pp. 146 y 147.

²⁵ *Ibidem*, pp. 186 y ss.

que debe establecer procedimientos para su cambio, ya que debe prever su propia modificación en virtud de su suprallegalidad.

III. ESTRUCTURA Y FUNCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

La Constitución es la norma jurídica de la que derivan o resultan cadenas de validez normativa, pues determina los parámetros de configuración del sistema jurídico que deben ser respetados. Su supremacía consiste en la subordinación del orden jurídico a la norma fundamental. La supremacía de la Constitución es la cualidad que le corresponde por el hecho de ser la base que sustenta el sistema jurídico de un Estado y a partir de la cual se desarrolla.

Para Manuel Aragón,²⁶ la supremacía es la cualidad política de toda Constitución, entendida como conjunto de reglas fundamentales, esenciales para la perpetuación de la forma política. Por lo que la Constitución, en su calidad de norma jurídica deriva su superioridad política de esta supremacía y de la supremacía legal, a la que llama suprallegalidad y que en su opinión se convierte en la garantía jurídica de la supremacía.

La suprallegalidad consiste en la subordinación y aplicación del orden jurídico a la Constitución en los términos que la misma lo prevé por el hecho de que cuenta con una fuente de producción distinta a la ley ordinaria. Aragón la considera la garantía jurídica de la supremacía en sentido jurídico y en su opinión, toda Constitución pretende transformar la supremacía en suprallegalidad, puesto que la legitimidad o pretensión de legitimidad de la supremacía, solo puede operar a través de la suprallegalidad. Asimismo señala que para garantizar la suprallegalidad es necesario regular un procedimiento especial de modificación de la Constitución, aunque esto no quiere decir que la rigidez de la norma sea una condición de la suprallegalidad.²⁷ No obstante, un procedimiento especial para reformar la Constitución hace posible realizar un control de las modificaciones a la misma con el objeto de preservar su fuerza normativa.

La supremacía en sentido formal se refiere a la forma de elaboración de la misma Constitución, entendida principalmente como regulación de los procesos de modificación de la norma constitucional por un órgano

²⁶ Aragón, Manuel, “Sobre las nociones de supremacía y suprallegalidad constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 50, marzo-abril de 1986, pp. 9-30.

²⁷ *Ibidem*, p. 23.

constituyente. De esta forma se hace posible distinguir la norma fundamental de la ley ordinaria, por lo que en este sentido se puede decir que la forma de la norma determina su naturaleza constitucional. La supremacía formal implica que todas las disposiciones constitucionales son supremas, igualmente supremas, por lo que se puede sostener que en sentido formal todas las normas de la Constitución tienen el mismo rango y eficacia, a menos que la Constitución misma prevea alguna excepción expresa.

La supremacía de la Constitución, sin embargo, además de a su posición en el sistema jurídico, hace referencia a su eficacia y su fuerza derogatoria que indica la forma en que opera como norma jurídica, que es de manera directa. Esto significa por una parte, que los órganos competentes que deben aplicar el orden jurídico, tanto por cuestiones de administración como de justicia, están obligados a aplicar directamente las normas constitucionales, pues los derechos previstos en la Constitución son inmediatamente operativos, aun sin desarrollo legislativo. Esta eficacia directa de la Constitución deriva de su posición jerárquica como norma suprema del sistema, que se aplica también a las relaciones jurídicas según el principio de jerarquía normativa, porque se entiende que esta superioridad significa que la Constitución no es un mandato al legislador, sino una norma a aplicar. Por otra parte, significa además que en caso de conflicto con disposiciones secundarias del orden jurídico prevalece la Constitución.

De tal modo que la Constitución despliega su fuerza normativa como vinculación directa sobre todos los actores jurídicos, a efecto de hacer plenamente vinculante la Constitución en virtud de su carácter obligatorio. Esta manifestación de la fuerza normativa de la Constitución como eficacia directa, afirma su carácter de norma jurídica, así como su cualidad de fuente suprema del derecho. En consecuencia, su obligatoriedad no está condicionada a su desarrollo por otras fuentes.

Por lo que a la estructura de la Constitución en el marco de un Estado de derecho se refiere, se puede sostener que en la actualidad se integra por tres ejes: los derechos fundamentales, la distribución del poder y los medios de control de la constitucionalidad.²⁸ Los dos primeros son elementos de identificación formal de una Constitución a partir de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano (véase artículo 16).

²⁸ Sobre la estructura constitucional interna véase “Constitución y diseño institucional”, en Huerta, Carla, *Teoría del derecho. Cuestiones relevantes*, México, UNAM, 2009, pp. 58-61.

La necesidad de controlar jurídicamente las conductas reguladas por la Constitución se manifiesta como un elemento indispensable de la eficacia constitucional, que a su vez, refuerza su carácter obligatorio y sostiene la supremacía constitucional al subordinar la ley a la Constitución; además sirve como factor de equilibrio entre los otros dos ejes.

Una reforma constitucional ha de analizarse en el marco de los ejes que conforman la estructura constitucional, es decir, los derechos fundamentales, la división del poder y el control de la constitucionalidad, así como respecto de sus referentes, el modelo económico vigente, los procesos de participación en la toma de decisiones y el sistema de fuentes. Esto ha de realizarse tanto respecto de su contexto histórico como a su referente ideal, para confrontar la realidad con el modelo vigente en la Constitución.²⁹ Este último, es el que puede servir como parámetro de la explicación de las modificaciones a la Constitución en determinado momento histórico conforme a un cierto modelo ideal.

De conformidad con este esquema de análisis, en la estructura constitucional pueden operar simultáneamente uno o varios modelos determinados, identificables en el tiempo conforme a ciertos tipos ideales.³⁰ Aunque si bien, los modelos pueden ser considerados como tipos ideales en el sentido de Max Weber,³¹ su creación responde más bien a ciertas expectativas históricas de conformación social, o a los factores reales de poder como mencionaba Lasalle,³² pues pretenden satisfacer necesidades de orden político y social reales, el objeto es responder a una coyuntura histórica. Cabe señalar que los modelos no siempre surgen de manera integral de una elaboración consciente, ya que pueden ser el resultado de una serie de reformas constitucionales.

Los modelos se identifican por un conjunto específico de instituciones reconocibles como bloques en la Constitución que tienen conforme a un

²⁹ Por modelo se entiende una “construcción artificial que reproduce en forma simplificada, un fenómeno de la realidad social o un fenómeno imaginario con el fin de facilitar el estudio del fenómeno mismo o de un problema relacionado con éste”, o con el fin de, por ejemplo, “observar a qué resultados conduciría la aplicación de un principio determinado o de una regla de comportamiento determinado, o en sentido inverso, para estudiar qué normas de comportamiento se postularían en una situación dada”; Robilant, Enrico di, *Modelli nella filosofia del Diritto*, Il Mulino, 1968, pp. 80, 81, citado por Comanducci, P., *Razonamiento jurídico*, México, Fontamara, 1999, pp. 79 y 80.

³⁰ Este esquema se encuentra desarrollado en “Constitución y diseño institucional”, *op. cit.*, pp. 56-76.

³¹ Weber, Max, *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1988, capítulo I.

³² Lasalle, *op. cit.*, *passim*.

cierto criterio, ya sea una razón o fin común, una finalidad o intención. El modelo cuenta con una serie de principios, valores o fines que funcionan como reglas de interpretación de las normas. En términos generales, los modelos se construyen según los intereses preponderantes en un momento histórico específico a partir de diversas instituciones. Estas “instituciones” se integran por una serie de derechos y obligaciones operativos como unidad, a los que subyace la idea de organización y de orden que tiende a lograr un objetivo.

Las instituciones se organizan conforme a un cierto criterio que debe responder a los objetivos pretendidos con las normas. El diseño institucional refiere a la organización de un conjunto de preceptos vinculados entre sí para imprimir o modificar la aplicabilidad de una (o varias) “institución(es)”, reformando algunos de los derechos u obligaciones que las integran conforme a un criterio dado.³³ En otras palabras, el diseño institucional sirve para modificar el modelo, o corregir su funcionamiento, es utilizado para su interpretación o redefinición mediante la determinación de los significados de las instituciones jurídicas.

Mediante el diseño institucional se establecen los lineamientos de operación e interpretación de las instituciones, y se determina cómo se relacionan para producir un significado o efecto pretendido. Estos diseños pueden identificarse como paquetes de reformas constitucionales que se verifican dentro de un lapso de tiempo relativamente corto y que tienen una idea de unidad, o bien, por medio del decreto promulgatorio de la reforma de diversos artículos constitucionales que se justifica conforme a un mismo valor u objetivo y que tienen una operatividad unitaria. En resumen, los diseños imprimen un significado específico a ciertas instituciones jurídicas con el fin de lograr un objetivo previsto. Las reformas aisladas sin embargo, no pueden ser consideradas como parte de un diseño institucional, aunque con el tiempo se adaptaran a un modelo específico de la Constitución o lo transformarían.

IV. RESERVA CONSTITUCIONAL

En este apartado se aborda la cuestión relativa a los contenidos constitucionales, es decir, a las materias que ameritan ser previstas en la norma suprema por su relevancia, a aquello que se debe considerar como materia

³³ Huerta, Carla, *op. cit.*, p. 66.

constitucional. Sobre todo para que se reconsidere la práctica ya añeja de elevar a rango constitucional cualquier cuestión o materia a efectos de evitar que el legislador pueda disponer de ella, más que por su carácter fundamental. Para referirnos a este tipo de contenidos que por su naturaleza deben estar previstos en la Constitución, se usa el concepto de “reserva constitucional”.

En la doctrina se encuentra más desarrollado el concepto de “reserva de ley” que se refiere a aquellas materias que deben ser reguladas por la “ley”, entendida como acto normativo emitido por el Poder Legislativo, lo que a su vez impide su regulación por medio de reglamentos o de otro tipo de disposiciones que carezcan de ese rango y fuerza. La reserva de ley constituye un límite al Poder Ejecutivo, aunque en realidad no existe un acuerdo o una forma de determinar *a priori*, los contenidos que corresponde regular a cada tipo de normas que los deben desarrollar. No obstante puede hacerse una cierta distinción que permita hablar de tres tipos distintos de reserva: la constitucional, la de ley y una reserva reglamentaria.

El concepto de “reserva constitucional” es el más novedoso de los tres, y llama la atención su falta de discusión en la doctrina, sobre todo porque en la Constitución, en su carácter de fuente primaria, se deben prever los contenidos más relevantes, aquellos que se consideren como fundamentales a efectos de impedir su limitación o desarrollo. No obstante, se puede decir que la materia relativa a los ejes que integran la estructura constitucional, esto es, los derechos fundamentales, la división de poderes y el control de la constitucionalidad, son los contenidos constitucionales básicos. En otras palabras, es materia constitucional (*s.s.*): la organización del Estado y el gobierno, el control de la constitucionalidad y la delimitación de derechos y libertades fundamentales; cualquier limitación o excepción a estos preceptos constitucionales debe ser prevista en la propia Constitución. Una limitación regulada en una disposición jerárquicamente subordinada a la norma fundamental sería inconstitucional, pues contravendría sus contenidos.

El concepto de reserva de ley tiene su origen en el dualismo monárquico y la doctrina de la ley como expresión de la voluntad general. Hoy en día el fundamento de la actuación del Congreso es el principio democrático, y su representatividad opera como argumento a favor de la reserva de ley, ya que se asume que se encuentra legitimado para determinar la forma en que el pueblo decide obligarse. La reserva de ley implica que ciertas materias se encuentran “reservadas” a su desarrollo por el legisla-

dor, por lo que se encuentran excluidas de la potestad reglamentaria.³⁴ El desarrollo por ley de una disposición constitucional se hace conforme al principio de competencia expresa atribuida al Poder Legislativo, o bien, mediante un mandato al legislador.

Se puede decir que un mandato al legislador³⁵ constituye una obligación para el Poder Legislativo de regular la materia que la Constitución determina impidiendo su regulación directa por el Poder Ejecutivo. Esto ha de entenderse como una norma de competencia, y además como una reserva de ley expresa, aunque en realidad la reserva de ley solamente se puede considerar como tal, cuando en un sistema jurídico también existe la reserva reglamentaria, como un coto vedado al legislador para el desarrollo de determinados contenidos por el Ejecutivo,³⁶ o bien, en aquellos en que el poder Legislativo está facultado para delegar la función legislativa.³⁷ En este último caso, el acto del poder Ejecutivo tiene rango y fuerza de ley, es ley en sentido material, como excepción a la regla general en que la norma debe ser además formalmente legislativa. En realidad el mandato al legislador solamente establece una obligación de desarrollo conforme a la Constitución dentro de un plazo razonable, sin embargo, esto tampoco ha sido resuelto de manera clara en el sistema jurídico mexicano, ni siquiera por la jurisprudencia, y su incumplimiento se debe a la ausencia de sanción, así como a la falta de voluntad política para exigir responsabilidad a los legisladores.

³⁴ La Ley Federal de Procedimiento Administrativo, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de agosto de 1994, prevé una reserva de ley expresa en relación con los procedimientos que la administración pública federal realiza, ya que el artículo 15 de la misma establece que ésta no puede exigir más formalidades que las expresamente previstas en ley, en virtud de lo cual limita la facultad reglamentaria.

³⁵ Constituyen normas de este tipo las disposiciones constitucionales que prevén su desarrollo por el legislador. De conformidad con la clasificación de Scheuner, los mandatos al legislador son normas que se configuran como órdenes para el desarrollo de un determinado precepto constitucional por parte del legislador, “*Staatszielbestimmungen*”, en *Festschrift für Forsthoff*, München, hgg. von Schnur, 1972, pp. 325 y ss.

³⁶ La Constitución mexicana solo prevé algo similar como facultad extraordinaria en el artículo 29 al regular la posibilidad de suspender derechos y garantías por el Ejecutivo para hacer frente a una situación de emergencia, estos actos tendrían carácter materialmente legislativo, esto es, rango y fuerza de ley.

³⁷ El segundo párrafo del artículo 131 constitucional permite al Congreso facultar mediante ley al Ejecutivo para modificar las tarifas de importación y exportación que expida el Congreso, así como para restringir y prohibir importaciones, exportaciones y tránsito de productos, artículos y efectos de conformidad con las limitaciones que el propio artículo establece. Esta delegación de facultades constituye una excepción a la reserva de ley.

La reserva de ley genérica puede inferirse de la ausencia de una reserva reglamentaria,³⁸ en virtud de lo cual, todos los contenidos de la Constitución deben ser desarrollados por una ley aun cuando no se haya dispuesto expresamente la obligación de su desarrollo por el legislador; o bien, puede deducirse de la ausencia de reservas de ley concretas, en virtud de lo cual se entendería que la voluntad del Constituyente fue que todas las disposiciones constitucionales sean desarrolladas por ley. También se puede inferir una reserva de ley genérica por interpretación del sistema jurídico en la medida en que el legislador no se encuentra facultado para hacer una remisión al reglamento de la regulación de aquello que implique la limitación del ejercicio de derechos por los particulares, es decir, el establecimiento de obligaciones o la determinación de sanciones.³⁹

La doctrina y la jurisprudencia⁴⁰ señalan que en función del principio de subordinación, los reglamentos dependen de las leyes, tanto para su

³⁸ En algún tiempo el cuarto párrafo del artículo 21 constitucional fue interpretado como una reserva reglamentaria, lo que daría lugar a la existencia de reglamentos autónomos, como si al referirse a reglamentos gubernativos y de policía se facultara al Ejecutivo para expedir reglamentos sin necesidad de que se expida una ley en la cual se funde su validez. No obstante, esto no es tan claro, pues la Constitución solo se refiere a la aplicación de las sanciones por las infracciones a dichos reglamentos como competencia de la autoridad administrativa, por lo que no parece atribuir una potestad normativa excluyente que fundamente sin lugar a dudas una limitación para el poder Legislativo.

³⁹ Cabe mencionar que para Manuel Aragón el postulado de derecho público relativo a una reserva de ley para regular la libertad y la propiedad ya no es vigente, en *op. cit.*, p. 40. No obstante, la jurisprudencia mexicana aun lo considera como limitación, pues establece que “la facultad reglamentaria se rige por dos principios: el de reserva de ley y el de subordinación jerárquica a la misma. El principio de reserva de ley que encuentra su justificación en la necesidad de preservar los bienes jurídicos de mayor valía de los gobernados (tradicionalmente libertad personal y propiedad), prohíbe que en el reglamento se aborden materias reservadas en exclusiva a las leyes del Congreso, como son las relativas a la definición de los tipos penales, las causas de expropiación y la determinación de los elementos de los tributos, mientras que el principio de subordinación jerárquica, exige que el reglamento esté precedido por una ley cuyas disposiciones desarrolle, complemente o pormenore y en las que encuentre su justificación y medida”. FACULTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. PRINCIPIOS QUE LA RIGEN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Jurisprudencia, Novena Época, 1a. Sala, t. XXVI, septiembre de 2007, p. 122, énfasis añadido.

⁴⁰ La jurisprudencia ha reconocido en múltiples fallos que “el artículo 89, fracción I, de la Constitución Federal establece la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo Federal, la que se refiere a la posibilidad... para expedir las previsiones reglamentarias necesarias para la ejecución de las leyes emanadas por el órgano legislativo. Estas disposiciones... son, por definición constitucional, normas subordinadas a las disposiciones legales que reglamentan y no son leyes, sino actos administrativos generales cuyos alcances se encuen-

existencia como en su contenido, dado que su función es desarrollar una ley, por lo cual no pueden establecer obligaciones que no se encuentren de antemano previstas en la ley. En otras palabras, en virtud del principio de legalidad, no deben regular conductas que no se previeran en la norma superior; no obstante se considera como regulación válida siempre y cuando no se trate de afectaciones a la esfera de la libertad individual, situaciones tales como conferir derechos o permisos. Por otra parte, la ley no puede regular al detalle todos los procedimientos de aplicación de las normas, es por ello que corresponde al Ejecutivo el desarrollo específico de la forma de aplicación de la ley.

En síntesis, de conformidad con la jurisprudencia la facultad reglamentaria:

Se encuentra sujeta a un principio fundamental: el principio de legalidad, del cual derivan, según los precedentes, dos principios subordinados: el de reserva de ley y el de subordinación jerárquica a la misma. El primero de ellos evita que el reglamento aborde novedosamente materias reservadas en forma exclusiva a las leyes emanadas del Congreso de la Unión o, dicho de otro modo, prohíbe a la ley la delegación del contenido de la materia que tiene por mandato constitucional regular. El segundo principio consiste en la exigencia de que el reglamento esté precedido de una ley, cuyas disposiciones desarrolle, complemente o detalle y en los que encuentre su justificación y medida.⁴¹

V. LA REFORMA CONSTITUCIONAL

La dinámica es una característica distintiva del derecho que deriva de su función reguladora de conductas, pues el objeto del derecho es la conformación de la sociedad mediante las normas jurídicas. La existencia de un procedimiento de reforma, según Ignacio de Otto,⁴² significa que la Constitución quiere regular su adaptación a la realidad cambiante y evitar que sus exigencias se realicen al margen del derecho vigente. En relación con la Constitución, es preciso distinguir dos momentos, el de su otorgamiento

tran acotados por la misma Ley”. FACULTAD REGLAMENTARIA DEL PODER EJECUTIVO FEDERAL. SUS PRINCIPIOS Y LIMITACIONES, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, jurisprudencia, Novena Época, Pleno, t. XXX, agosto de 2009, p. 1067.

⁴¹ *Idem*.

⁴² De Otto, Ignacio, *Derecho constitucional, sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987, pp. 56 y ss.

y el de su modificación, ya sea mediante reformas o adiciones, sobre todo porque solo vamos a abordar el segundo.

La Constitución es una norma jurídica, por lo que su modificación se lleva a cabo de conformidad con las normas que regulan el procedimiento. Estas disposiciones constitucionales constituyen su condición de validez. La noción de Constitución descansa en el presupuesto de que es una norma que puede ser modificada conforme a sus propias normas que regulan el procedimiento y el órgano competente para ello, de tal modo que el poder reformador está previsto en la propia Constitución que a la vez lo delimita. Es la única norma del sistema jurídico que regula su propia dinámica y establece los límites a la misma.

En el fondo del tema de la reforma se encuentra el problema sobre la seguridad jurídica, fundamental en un Estado de derecho que se plantea en torno al establecimiento de límites a la reforma constitucional, ya sean expresos, esto es, aquellos previstos en la propia Constitución como prohibiciones por el poder constituyente originario, o límites implícitos, que según la doctrina son aquellos que a pesar de no existir mención constitucional se infieren del contexto constitucional o la cultura política de un pueblo según algunos autores.

La cuestión sobre el alcance de la facultad reformadora no puede ser respondida desde el punto de vista semántico exclusivamente, pues el término “reformular” impone una limitación, la permanencia de la norma, lo que impide la eliminación de un precepto constitucional, ya que para modificar algo su núcleo debe permanecer. La respuesta de la teoría del derecho es distinta, pues la derogación del precepto es posible en el ejercicio de esta función, es más, una reforma solo está limitada por las normas constitucionales que regulan el proceso.⁴³ La doctrina, así como la Constitución mexicana distinguen entre una reforma y una adición. La acción de reformar en sentido amplio, se entiende como la modificación del texto de los enunciados constitucionales vigentes, lo que incluye tanto agregar como suprimir parcial o totalmente el texto. La reforma tiene por efecto modificar el significado de un precepto constitucional. La adición se distingue por el hecho de que se limita a introducir un nuevo enunciado o algún elemento a un enunciado existente sin que se altere su significado. Las adiciones son reformas, la diferencia es de grado, pues al texto solo se agrega algo que no se encontraba previsto previamente.

⁴³ Sobre los límites y alcances de la reforma constitucional, véase Huerta, Carla, “La reforma de la Constitución”, *Teoría del derecho. Cuestiones relevantes*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 275-292.

Una pregunta persistente en relación con la reforma es la relativa a la facultad para sustituir totalmente la Constitución, aquí hay que distinguir el otorgamiento de una nueva Constitución, de su reforma completa. Aunque si bien en principio, la Constitución puede ser completamente transformada mediante el proceso de reforma, este cambio afectaría su fuerza normativa, aun cuando se lleve a cabo de manera paulatina. Cambios sustanciales afectarían su validez y eficacia, incluso su legitimidad al confundir las funciones y carácter del órgano constituyente con el del órgano reformador, el cual solo cuenta con facultades para modificar la Constitución, no para sustituirla.⁴⁴

La función reformadora es por lo tanto, tan solo una potestad de adaptación de la Constitución a los cambios en la realidad que regula, que ha de conservar lo que deba permanecer y suprimir solo aquello que sea ineficaz, inútil u obsoleto. La reforma total de la Constitución es un desbordamiento de su naturaleza que se asimilaría a la función constituyente originaria, y por lo mismo, una extralimitación de facultades del órgano reformador. En este sentido Carl Schmitt señala que en una Constitución positiva el poder constituyente crea al poder reformador, como un poder distinto e independiente cuya única función es la de reformar la Constitución, su fin es por lo tanto, adecuar las disposiciones constitucionales a los cambios de la vida, pero no puede modificar la esencia de la Constitución, ni otorgar una nueva Constitución.⁴⁵

Por lo que a la reforma total, por sustitución de la Constitución a través del procedimiento previsto en el artículo 135 constitucional se refiere, vale la pena mencionar que con fundamento en una interpretación sistemática con el artículo 136 constitucional que prevé su permanencia, parece incoherente que esto sea posible.⁴⁶ En este artículo se regula el supuesto relativo a la “inviolabilidad de la Constitución”, que constituye un

⁴⁴ Para Schmitt la función de reformar es extraordinaria, y toda competencia es limitada, por lo que no incluye la facultad de dar una nueva Constitución, *op. cit.*, pp. 157-158.

⁴⁵ Schmitt sostenía que existen decisiones políticas fundamentales que son exclusivas del poder constituyente por lo que se encuentran fuera del alcance del órgano reformador, en caso de ser modificadas se tendría que hablar de una sustitución de la Constitución por otra, más que de una reforma. *Ibidem*, p. 160.

⁴⁶ El artículo 136 de la Constitución mexicana en vigor, establece que: “Esta Constitución no perderá fuerza y vigor, aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia. En caso de que por cualquier trastorno público, se establezca un gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego como el pueblo recobre su libertad, se restablecerá su observancia, y con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubieren expedido, serán juzgados, así los que hubieran figurado en el gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieren cooperado con ésta”.

límite a la reforma que la protege en su totalidad, con ello se impide su supresión y se preserva su validez aun cuando dejara de ser aplicada temporalmente. La función de esta disposición es asegurar la continuidad del sistema jurídico, así como del Estado en los casos en que por alguna razón de orden político o un disturbio público de gran magnitud, la aplicación de una Constitución se viese suspendida. Este precepto permite que opere la ficción de suponer que la Constitución nunca perdió su vigencia a pesar de la ausencia de efectividad.⁴⁷ Esta previsión no impide sin embargo, que cualquiera de sus normas o todas ellas sean paulatinamente reformadas o adicionadas, transformando completamente a la Constitución. Cabe preguntarse sin embargo, si tras tantas reformas sucesivas se trata de la misma Constitución.

Pero la Constitución no solo regula sus procesos de cambio, sino también su permanencia mediante normas relativas a la inviolabilidad (permanencia absoluta de la Constitución) o cláusulas de intangibilidad (que se refieren a la permanencia de ciertas normas específicas de conformidad con lo previsto por la norma constitucional que las regula) que se encuentren previstas en la propia Constitución.⁴⁸ Ambos tipos de norma constituyen límites al proceso de reforma constitucional, y en principio son normas contrarias a la dinámica propia del derecho. Las primeras ponen fuera del alcance del órgano reformador la posibilidad de otorgar una nueva Constitución conforme a sus propias disposiciones, y las segundas sirven para limitar el alcance del poder reformador. La finalidad de este tipo de normas es reforzar la validez temporal de la Constitución en el primer caso, o de algunas de sus normas en el segundo. De tal forma que la Constitución que prevé una regla de inviolabilidad, afirma la decisión del constituyente de su permanencia y con ello su fuerza normativa.

La Constitución mexicana aunque se considera como rígida porque prevé un órgano complejo y un procedimiento agravado para reformarla, no contiene límites explícitos ni implícitos que se deduzcan de los preceptos contenidos en la Constitución misma. Los límites previstos por el constituyente a este proceso son exclusivamente de carácter formal, se encuentran en el artículo 135 constitucional, que establece una serie

⁴⁷ La Constitución mexicana en 1857 establecía de 1917 una cláusula de inviolabilidad similar que hizo posible el restablecimiento del sistema jurídico mexicano después del gobierno de Maximiliano de Habsburgo.

⁴⁸ Häberle denomina a las cláusulas de intangibilidad o pétreas, cláusulas de “eternidad”, que considera constituyen un límite, para el constituyente al regular los procesos de modificación de la Constitución. Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, 2001, pp. 141- 143.

de procedimientos (aprobación por las dos terceras partes de ambas Cámaras del Congreso de la Unión y por la mayoría de las legislaturas de los estados, el Congreso o la Comisión permanente computan los votos y declaran la reforma). Cabe señalar, que la norma misma que regula el procedimiento de reforma puede ser modificada por este mismo procedimiento, a menos que contenga una cláusula de intangibilidad, que no es el caso de la Constitución mexicana.

En consecuencia, una reforma constitucional solo podría ser considerada inconstitucional por vicios procedimentales si no cumple con las condiciones previstas en el artículo 135, pero en todo caso más que una declaración de inconstitucionalidad,⁴⁹ lo que procedería sería la nulidad de la reforma. No obstante, en México no es posible en el marco constitucional vigente hablar de inconstitucionalidad material ni formal de una reforma constitucional. La Suprema Corte ha establecido jurisprudencia que impide el control de reformas y adiciones a la Constitución aun cuando diversas tesis aisladas habían sostenido que cuando se impugna el proceso de reforma constitucional se controvierten los actos que integran el procedimiento legislativo que culmina con su reforma y que de esta forma se podría remediar el posible incumplimiento de las formalidades consagradas en el artículo 135. El argumento con el que rebaten dichas tesis es que las reformas constitucionales no son hechas por órganos ordinarios constituidos, sino en el extraordinario carácter de órgano reformador de la Constitución. Por otra parte, vale la pena mencionar que ningún órgano cuenta actualmente con facultades para controlar los actos de reforma constitucional.⁵⁰

Además de mediante el procedimiento de reforma expresa, es posible modificar las normas constitucionales por vía de interpretación de determinado precepto por el órgano competente. Este procedimiento se conoce como “mutación constitucional”,⁵¹ su efecto es cambiar la norma constitucional mediante la atribución de significado sin que se modifique el texto que enuncia la norma. El concepto de mutación constitucional procede de la dogmática jurídica alemana de finales del siglo XIX y principios del XX, y tiene por objeto constatar la falta de coincidencia

⁴⁹ En opinión de Schmitt son reformas inconstitucionales las que se verifican sin observar el procedimiento prescrito, *op. cit.*, p. 154.

⁵⁰ PROCEDIMIENTO DE REFORMAS Y ADICIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. NO ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL JURISDICCIONAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, jurisprudencia, Novena Época, Pleno, t. XVI, septiembre de 2002, p. 1136.

⁵¹ Hesse, *op. cit.*, p. 24.

entre la realidad y la Constitución formal.⁵² La mutación constitucional se produce cuando uno de los poderes constituidos da a un precepto constitucional una interpretación diferente a la originaria y no existen vías jurídicas para corregir esa nueva interpretación que termina por imponerse. Ésta es una función que en principio se encarga al órgano competente de asegurar la fuerza normativa de la Constitución vía control de la constitucionalidad.

La interpretación, sin embargo, puede producir una modificación, pero no adicionar nada nuevo, aunque se puede hablar de desarrollo de derechos fundamentales y su expansión por interpretación. En realidad solo se determina el significado de la expresión lingüística que no es clara o el sentido de la norma cuando no es evidente, pero no se puede agregar algo que no dice; en otras palabras, el límite a la interpretación es el propio texto de la norma. La mutación, por ende, se limita a aclarar, completar o adaptar el significado de un precepto constitucional. Las desventajas de esta opción de adecuación de la norma constitucional son su limitado impacto ya que solo alcanza a aquellos que invocan la jurisprudencia o les es aplicada en función de un proceso judicial, así como las que derivan de la interpretación jurídica misma. Cuando el enunciado normativo no permite mayor desarrollo, procede la reforma.

Discutir la mutación constitucional tiene por objeto plantear la conveniencia de reflexionar sobre la oportunidad de una reforma constitucional en los casos en que se puede hacer una interpretación que evite modificar el texto constitucional, sobre todo porque la reforma constitucional en México no tiene límites, a diferencia de la interpretación. Cabe mencionar que la tesis de la ilimitabilidad de las atribuciones del órgano reformador no contraviene el principio de seguridad jurídica, ni demerita el sistema de control de la constitucionalidad de los actos de los poderes públicos, ya que la constitucionalidad y la seguridad jurídica son garantizadas por dicho órgano mediante la sujeción al procedimiento prescrito en la Constitución para su reforma.

La fuerza normativa de la Constitución se afirma, mediante la interpretación coherente de sus preceptos, así como la interpretación conforme de la ley por el órgano jurisdiccional. No obstante, hay que considerar la advertencia de Rousillon sobre el riesgo de la interpretación que puede llevar a una flexibilidad excesiva y a la incertidumbre cuando los “guardianes de la Constitución”, los jueces constitucionales, abusan de

⁵² Sánchez Urrutia, “Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución”, *REDC*, núm. 58, 2000, p. 134.

sus facultades, pues el exceso de flexibilidad tiene por consecuencia hacer inestable la Constitución y difícil de conocer,⁵³ todo ello en detrimento de la seguridad jurídica.

La interpretación presenta una opción de adecuación del sistema jurídico a la realidad menos drástica que la reforma, e impide que el legislador se exceda en el ejercicio de sus facultades. Mediante la interpretación se puede hacer coherente el significado original del texto constitucional con los modelos que prevé, concordándolo a las circunstancias y necesidades vigentes en cada momento.

La reforma de una Constitución es un medio de su actualización de extraordinaria relevancia, por lo que no se debe llevar a cabo salvo cuando es necesaria, no puede fundarse en un requerimiento coyuntural ni obedecer a un capricho. Las razones que justifiquen una reforma constitucional han de responder a una necesidad incuestionable de la evolución de un pueblo y a la adecuación indispensable de sus normas a los cambios que una sociedad demanda.

VI. SOBRE LA FUERZA NORMATIVA

La Constitución a pesar de su calidad de norma suprema de un sistema jurídico, de fuente de fuentes con eficacia directa, “debe permanecer incompleta e inacabada por ser la vida que pretende normar vida histórica y, en tanto que tal, sometida a cambios históricos” como señala Hesse.⁵⁴ Este carácter de marco abierto a la interpretación⁵⁵ deriva de la naturaleza dinámica del derecho que requiere su adecuación a la realidad que regula, así como de la vocación de permanencia de la Constitución. Pero el texto constitucional ha de ofrecer claridad y certeza, por lo que su indeterminación no puede ser permanente y la propia Constitución ha de prever formas para superarla.

La fuerza normativa de la Constitución se sustenta en su pretensión de vigencia, de adaptación a las circunstancias, “en su capacidad de operar

⁵³ Rousillon, Henry, “Rigidité et souplesse des constitutions modernes: réflexions sur un paradoxe à partir du cas français”, en *Perspectivas actuales del derecho*, México, ITAM, 1991, pp. 519 y 520.

⁵⁴ Hesse, *op. cit.*, p. 18.

⁵⁵ Kelsen, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 2000, p. 349.

en la realidad de la vida histórica de forma determinante y reguladora”.⁵⁶ Y aun cuando la dinámica de la Constitución es característica de su fuerza normativa y estabilidad, paradójicamente es condición de su eficacia que sea modificada en la menor medida posible. Esta fuerza normativa significa que la norma suprema de un sistema jurídico debe regular su modificación. Esto apunta a una tensión constante entre cambio y permanencia, que ha de resolverse mediante los procesos de interpretación y reforma. En consecuencia es necesario hacer énfasis en la necesidad de encontrar el equilibrio entre estas cualidades para no vulnerar la naturaleza dinámica de la Constitución, su voluntad de permanencia, ni tampoco forzar el significado de sus normas.

La Constitución es por su cualidad de norma fundamental suprema, un factor determinante del sistema jurídico, es el sistema de significaciones jurídicas del cual dependen los significados de todas las disposiciones jurídicas, es por ello que requiere de un cierto grado de estabilidad en sus contenidos a efectos de que puedan ser conocidos y comprendidos, pues en virtud de su posición en un sistema jurídico organizado jerárquicamente, sus significados determinan y transforman el resto del orden, transformándolos. Las normas de un sistema jurídico han de ser conformes a la Constitución por ser la norma fundamental, y como señala Lasalle, lo que es fundamental es necesario, tiene que ser así y no puede ser de otro modo. Es más, la Constitución, tiene una fuerza activa que hace que las demás leyes e instituciones jurídicas vigentes sean lo que son.⁵⁷

La mutación es un proceso que fortalece la normatividad de la Constitución, ya que se fundamenta en la necesidad política de actualización y evolución del Estado, en la incorporación de la realidad. En otras palabras, es una forma de racionalizar, de estabilizar y de limitar el ejercicio del poder regulado en la Constitución. Cuando el texto constitucional ya no hace posible la mutación requerida para mantener la relación entre derecho y realidad constitucional en equilibrio es conveniente recurrir a la reforma constitucional, que confiere mayor claridad a la norma constitucional y certeza al sistema jurídico. Pues como bien dice Hesse, “donde la posibilidad lógica del texto de la norma termina o donde una determinada mutación constitucional aparecería en clara contradicción con el texto de la normas, concluyen las posibilidades de interpretación de la norma y, con ello, las posibilidades de una mutación constitucional”.⁵⁸

⁵⁶ Hesse, *op. cit.*, p. 26.

⁵⁷ Lasalle, *op. cit.*, p. 45.

⁵⁸ Hesse, “Límites de la mutación constitucional”, en *op. cit.*, pp. 101 y 102.

Junto con la dinámica y la necesidad de adecuación de la Constitución a la realidad que regula, ha de considerarse, sin embargo, su estabilidad; la relevancia de su permanencia, sobre todo en aras de la seguridad jurídica. La seguridad junto con la legalidad son elementos indispensables del Estado de derecho. Hart menciona que contar con reglas de conducta que se apliquen con seguridad por los propios particulares es una necesidad social de todos los sistemas.⁵⁹ La legalidad contribuye a la seguridad jurídica y a la certeza que se puede considerar como un elemento de ésta. El principio de legalidad implica sujeción de los actos de autoridad al orden jurídico, una esfera competencial delimitada, la obligación de fundar y motivar las decisiones de autoridad y la prohibición de la arbitrariedad.

La existencia de normas jurídicas generales creadas por un órgano legislativo central provee seguridad jurídica, que se traduce en que las decisiones de los tribunales son previsibles hasta cierto grado. Esta generalidad es para Kelsen expresión del Estado de derecho que se puede identificar con el principio de seguridad jurídica.⁶⁰ Para los sistemas jurídicos de tradición civilista la certeza es un valor de especial relevancia, y dado que su principal función es el control de la discrecionalidad de los jueces, la legislación debe ser completa, coherente y clara. Merryman considera que es un valor que compite con la flexibilidad del derecho, en los países del *common law*, tensión que en este sistema se alivia con la equidad que produce un mejor equilibrio entre ambos valores, pues funciona como herramienta de justicia del caso individual.⁶¹

La seguridad jurídica entendida como valor del Estado de derecho se manifiesta en exigencias objetivas respecto de la formulación adecuada de las normas del sistema jurídico, así como en relación con el cumplimiento del derecho por sus destinatarios y por los órganos de aplicación. De acuerdo con la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la seguridad jurídica “es la certeza que debe tener el gobernado de que su persona, su familia, sus posesiones o sus derechos serán respetados por la autoridad, pero si ésta debe producir una afectación en ellos, deberá ajustarse a los procedimientos previamente establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes secundarias”.⁶² Para Pérez

⁵⁹ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, p. 162.

⁶⁰ Kelsen, *op. cit.*, p. 260.

⁶¹ Merryman, J. H., *La tradición jurídica romano-canónica*, trad. de Eduardo L. Suárez, México, FCE, 2003, pp. 98 y 99.

⁶² Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Las garantías de seguridad jurídica*, México, SCJN, 2003, p. 9

Luño, en cambio, la certeza deriva de la seguridad jurídica como una proyección en las situaciones personales de las garantías estructurales y funcionales de la seguridad objetiva, y considera a la certeza como un valor distinto a la seguridad jurídica.⁶³ La certeza es la posibilidad de saber de antemano qué conductas son obligatorias, prohibidas o permitidas y cuáles son las consecuencias de su realización u omisión.

En términos generales, la seguridad jurídica es considerada en el sistema jurídico como la garantía que promueve la justicia y la igualdad en libertad, sin paralizar el orden y procurando que éste responda a la realidad social de cada momento.⁶⁴ En otras palabras, para que se pueda hablar de seguridad jurídica en el derecho es preciso lograr un equilibrio entre las expectativas de justicia en términos del derecho positivo cognoscible y comprensible, y su necesidad de adaptación a la realidad.

En síntesis, rigidez y flexibilidad se encuentran en un tipo de relación dialéctica y paradójica como señala Rousillon, quien considera que en la realidad la rigidez de la Constitución se encuentra mejor asegurada frente al legislador que frente al ejecutivo,⁶⁵ por lo que es indispensable mantener esta relación en equilibrio. De ahí que según Hesse “la cuestión de la «rigidez» o «movilidad» de la Constitución no se plantee en forma de alternativa sino como un problema de coordinación «correcta» de dichos elementos”.⁶⁶ La fuerza normativa de la Constitución depende de este correcto equilibrio entre la rigidez que deriva de un proceso agravado de reforma y la mutación constitucional que surge de la práctica.

VII. REFLEXIONES FINALES

Por lo expuesto anteriormente y a la luz de los procesos de dinámica constitucional conviene hacer una última reflexión en torno a la legitimidad de una Constitución en constante cambio, sobre todo en relación con los contenidos que parecen no ser propios de la Constitución. Pues si bien es cierto, que toda Constitución debe modificarse a lo largo del tiempo, estos procesos deben racionalizarse. Las razones que justifican su transformación

⁶³ Pérez Luño, Antonio Enrique, “Seguridad jurídica”, en Garzón Valdés y Laporta (eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 2000, p. 483.

⁶⁴ Ribo, Durán, *Diccionario de Derecho*, Barcelona, Bosch, 1991, p. 210.

⁶⁵ Rousillon, *op. cit.*, p. 517.

⁶⁶ Hesse, *op. cit.*, p. 23.

son por una parte, la evolución de la sociedad misma aparejada a la necesidad de resolver nuevos problemas, así como el hecho de que algunas situaciones pueden haber cambiado, y por la otra, la pretensión de superación del hombre, pues la Constitución en su calidad de obra humana es susceptible de perfeccionamiento, y por tanto, las nuevas generaciones pueden pretender mejorar la Constitución que recibieron de sus antepasados.⁶⁷

No obstante, las normas jurídicas tienen una pretensión de permanencia indefinida, se emiten *pro futuro* a efecto de regular situaciones que se consideran relevantes; la Constitución se expide de la misma manera, incluso prevé su inviolabilidad. Para Lasalle, una Constitución escrita, es buena y duradera cuando corresponde “a la Constitución real, a la que tiene sus raíces en los factores reales de poder que rigen el país”.⁶⁸ Una Constitución que pretende ser eficaz debe adecuarse a la realidad que regula, pero además legitimarse mediante su exigibilidad, para ello ha de ser estable, manifestar una cierta permanencia. La constante modificación de una Constitución escrita, sin embargo, menoscaba su eficacia en detrimento de su validez. Una reforma a la Constitución se justifica cuando tiene por objeto fortalecer la esfera de la libertad individual y garantizar el ejercicio de derechos fundamentales frente al Estado, las reformas constantes generan incertidumbre en detrimento de la certeza sobre el ejercicio de derechos y libertades.

Hesse afirma que “... el efecto estabilizador y racionalizador de la ley fundamental se ve potenciado cuando ésta es escrita”,⁶⁹ aunque como bien señala Lasalle esto no es suficiente, pues la Constitución escrita es duradera solo si expresa fielmente a los factores de poder imperantes en la realidad social.⁷⁰ La norma fundamental escrita garantiza la libertad mediante la certeza jurídica y la limitación de la posibilidad de su interpretación. Sin embargo, la Constitución escrita solo regula las cuestiones más relevantes de manera general, no prevé todos los supuestos posibles, no es su función codificar, por ello debe dejar marcos abiertos para su adecuada aplicación conforme a los lineamientos que para tal efecto establece. Es más, no es prudente intentar incluir absolutamente todo en la Constitución, la regulación extensiva de derechos fundamentales los limita, por ejemplo.

⁶⁷ García Cuadrado, *Principios de derecho constitucional*, España, Eolas Ediciones, 2011, p. 379.

⁶⁸ Lasalle, *op. cit.*, p. 66.

⁶⁹ Hesse, *op. cit.*, p. 21.

⁷⁰ Lasalle, *op. cit.*, p. 75.

La reforma constitucional es un instrumento que debe ser utilizado excepcionalmente, pues la vocación de la Constitución es su permanencia. En este sentido Schmitt menciona que la facultad de reformar debe garantizar la identidad y continuidad de la Constitución considerada como un todo, además de que la competencia para reformar la Constitución no es una función normal del Estado, sino extraordinaria, y no es ilimitada, pues en un Estado de derecho toda competencia es limitada.⁷¹ De modo que antes de proceder a la reforma hay que considerar si es posible una modificación por interpretación que permita ajustar sus normas en la práctica, sobre todo porque la reforma siempre produce incertidumbre, y con ello, inseguridad jurídica y falta de certeza. En consecuencia, solo se deben introducir reformas urgentes y sustanciales cuando el cambio que se busca no se pueda producir de otra forma, vía de interpretación, ley o políticas públicas. Las reformas constitucionales lo que reflejan son cuestiones que derivan de problemas de poder, no de derecho como decía Lasalle,⁷² y esto es cada vez más evidente.

Cuando la Constitución es una simple formalización de la situación de poder existente en beneficio de los detentadores del poder fáctico que disponen del aparato coercitivo del Estado, entonces según Loewenstein ésta es tan solo una Constitución en sentido semántico, pues no sirve para controlar el poder.⁷³ Esto se puede observar, por ejemplo, en las numerosas y excesivas reformas a la Constitución mexicana, las que mediante reformas parciales reflejan más que una necesidad fundamental un plan de gobierno para el presidente en turno, formas de fortalecer al poder Ejecutivo o simplemente una errónea concepción de la Constitución.

Es más, si se analiza la Constitución en su totalidad, esto es, considerando cada una de las reformas hechas, se puede observar una seria transformación de la Constitución, que se puede considerar como una auténtica transición jurídica. Los cambios en los contenidos de la Constitución, a través del procedimiento de reforma, de numerosos preceptos ha afectado no solo el diseño institucional, sino también el modelo, al grado de que no sabemos qué clase de modelo se encuentra vigente. Múltiples reformas sucesivas pueden acabar por desvirtuar el texto constitucional. La práctica de hacer constantes reformas por menores que parezcan, o de gran envergadura como se emprenden actualmente, tienen por efecto una transformación tal, que si bien formalmente no se puede hablar del

⁷¹ Schmitt, *op. cit.*, pp. 138 y 139.

⁷² Lasalle, *op. cit.*, p. 75.

⁷³ Loewenstein, *op. cit.*, pp. 218 y 219.

otorgamiento de una nueva Constitución, sí se puede sostener que estamos ante un nuevo sistema jurídico por el cambio en el balance de fuerzas y de los mecanismos para su control.

Carpizo menciona que el cambio en la Constitución resulta algo extremadamente serio, ya que ésta representa la síntesis política, social, económica y jurídica del país. Es por esto que señala que un cambio de Constitución ha de tener su origen en una evidente necesidad, que no tiene un tiempo específico o determinado. Tras hacer un balance de las diferentes posturas respecto de las reformas constitucionales Carpizo concluye que es importante no dejar de lado la prudencia de los cambios, pensar en reformar únicamente lo realmente necesario y no pensar que estos cambios darán solución a todos los problemas. Lo más grave quizás es, como dice, que desde 1998 hablar de reformas en México resulta natural y cotidiano, sin tomar en cuenta lo que representa.⁷⁴

Lasalle consideraba que “una Constitución debe ser algo más sagrado todavía, más firme y más inmovible que una ley ordinaria”,⁷⁵ pues no es una ley cualquiera sino la norma fundamental de un país. Es el fundamento de otras leyes, por lo que en su carácter fundamental actúa e irradia a través de las leyes ordinarias del país.⁷⁶ Ardant señala que las disposiciones constitucionales deben combinar estabilidad y flexibilidad para poder ser eficaz, de modo que una buena Constitución debe prever un proceso de reforma que provea un equilibrio justo entre la necesidad de permanencia del texto y la flexibilidad indispensable para su adaptación.⁷⁷ Su carácter normativo, que depende de un cierto grado de permanencia, permite considerar a la Constitución como independiente, al menos en cierta medida, de las fuerzas reales de poder.

En consecuencia, en relación con una Constitución escrita hay que justificar la legitimidad del cambio constitucional mediante el proceso de reforma cada vez que se produzca una nueva actuación del poder constituyente. A pesar de la rigidez de la Constitución mexicana, el procedimiento previsto es llevado a cabo constantemente demostrando que en realidad es fácil reformar el texto constitucional. Esta rigidez aunque no es equivalente a la inmutabilidad, ni siquiera es su objetivo, no logra su cometido de asegurar la permanencia y estabilidad de la Constitución. Las razones, sin embargo, no son jurídicas, sino políticas.

⁷⁴ Carpizo, *op. cit.*, p. 153.

⁷⁵ Lasalle, *op. cit.*, p. 43.

⁷⁶ *Idem*, p. 44.

⁷⁷ Ardant, *op. cit.*, pp. 39 y 44.

Tras las consideraciones hechas se plantea la pregunta sobre los remedios posibles a los excesos mencionados y los riesgos que implican. Por una parte hay que considerar la justificación, pues todo cambio debe sustentarse en razones. En México se exige que para la expedición o reforma de disposiciones de carácter secundario se presente junto con el anteproyecto una manifestación de impacto regulatorio.⁷⁸ La reforma constitucional debería contar con un estudio semejante, exigible a quien presenta la iniciativa, en el cual se valore además del impacto económico y social, el normativo. Una simple exposición de motivos no basta para comprender el alcance de una reforma constitucional, es más, su función en el sistema jurídico no es orientar la decisión del órgano reformador, sino servir de guía en la interpretación y aplicación de la norma reformada.

Aragón señala que el constitucionalismo requiere además de garantías jurídicas de la aplicación de la Constitución de una cultura constitucional que se funde en la permanencia de la norma fundamental, la que a su vez depende de las garantías sociales, esto es, de la aceptación popular de la Constitución que la hace duradera. La educación constitucional, o bien, la cultura política democrática, es en su opinión condición necesaria para la consolidación del constitucionalismo.⁷⁹ Una Constitución duradera requiere de un derecho constitucional desarrollado, y su capacidad evolutiva se manifiesta a través de los actos de interpretación y de las reformas constitucionales, que son una garantía de su perduración. Sin embargo, advierte que a pesar de que la Constitución se ha convertido en paradigma, “una mala práctica puede acabar invalidándola”.⁸⁰ Esta cultura jurídica, aunada a una ética política, así como a una difusión extensa del conocimiento de la Constitución, haría posible fortalecer una cultura cívica de respeto a la norma fundamental, sobre todo por aquellos que pueden disponer de los medios de reforma constitucional.

Por otra parte, como dice Jaime Cárdenas, “la realización de la Constitución normativa depende de la concepción general que del derecho se tenga”,⁸¹ que debe tener como punto de partida la idea de que la Constitución es directamente vinculante, es decir, que sus disposiciones tienen eficacia directa, por lo que su vigencia y validez no puede depender de

⁷⁸ En términos de lo previsto en los artículos 69 E y 69 H de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

⁷⁹ Aragón, *op. cit.*, p. 28.

⁸⁰ *Ibidem*, pp. 31, 32.

⁸¹ Cárdenas, Jaime, “Hacia una nueva Constitución”, *El significado actual de la Constitución*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 97.

actos secundarios de desarrollo. La convicción de que las disposiciones constitucionales reflejan de manera adecuada los intereses de la sociedad y consagran los auténticos fines y valores de un pueblo aseguran su permanencia. La doctrina alemana habla de un “sentimiento constitucional” basado en el respeto de sus preceptos, esta adhesión es condición de la continuidad de las determinaciones políticas de un Estado. Hesse señala que la fuerza normativa de la Constitución se halla condicionada por la voluntad constante de los implicados de realizar sus contenidos.⁸²

Finalmente, se debe concluir que la posibilidad de resolver la tensión entre cambio y permanencia de la Constitución requiere de la realización de diversas acciones para lograr un adecuado balance entre los requerimientos de actualización y concretización de la norma fundamental. Por una parte, se encuentra la necesidad de hacer vigentes principios fundamentales del derecho, como son los de legalidad, seguridad jurídica y certeza sobre las normas vigentes y su significado, pues solo así es posible hablar de un Estado de derecho, y por la otra, la solución exige una conciencia de la relevancia de la Constitución como norma, el fortalecimiento de la cultura jurídica, así como el conocimiento y comprensión de la Constitución, junto con una ética política para que solo se produzcan las reformas indispensables y no se rompa con el sentido real de la Constitución, pues de otra forma se afectaría su fuerza normativa.

⁸² Hesse, *op. cit.*, p. 26.

ESTADO CONSTITUCIONAL EN LA TEORÍA DE JORGE CARPIZO

Jorge ISLAS*

La democracia presupone una Constitución, un orden jurídico y un Estado de derecho que garanticen las libertades y los derechos fundamentales de las personas.

Jorge CARPIZO

Se deberá considerar como el telos (fin) de toda constitución la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político.

Karl LOWENSTEIN

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Clasificación de las Constituciones: criterio tradicional*. III. *Criterio ontológico*. IV. *Clasificación de las formas de gobierno constitucional: la monarquía*. V. *La república*. VI. *Conclusión*. VII. *Nota final*. VIII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El presente ensayo tiene por objeto identificar y analizar las principales tesis que desarrolló Jorge Carpizo, para definir y conceptualizar al Estado constitucional. Es claro que en este espacio no se podría tratar toda la teoría que construyó, a lo largo de casi 40 años, en este tema en particular. Fundamentalmente abordaré algunas de sus referencias teóricas que aprecio relevantes para entender la conformación y características de un sistema constitucional democrático. De un Estado constitucional.

* Profesor de Derecho Constitucional en la UNAM.

En esta materia, sus teoremas tienen el mérito de estar debida y ampliamente documentados. Sin embargo, creo que lo que tiene mayor reconocimiento es su capacidad analítica por impulsar nuevas ideas, con nuevas propuestas conceptuales con el fin de enriquecer y precisar el debate entre la teoría y el derecho constitucional de acuerdo a los nuevos fenómenos de cambio político que acontecieron en México y en el mundo. A diferencia de otros autores, Carpizo siempre privilegió con método las perspectivas comparadas y la relación de los hechos, con el derecho y los conceptos. En buena medida su teoría está soportada por la evidencia empírica, pasando por el tamiz de las normas y las instituciones. Con esta metodología es como Carpizo trazó la ruta para que México imaginara la construcción y el tránsito hacia un Estado constitucional, caracterizado en su pensamiento por una sociedad libre, con derechos humanos y bienestar económico, con un gobierno plural, funcional, equilibrado y responsable.

Se debe advertir que el momento en que Jorge Carpizo empieza a estudiar e investigar sobre el Estado constitucional nacional, no era propiamente el mejor, dado que México no era, ni tenía antecedentes de ser, un Estado constitucional sólido.¹ De tal manera, que las fuentes de información consultadas eran reducidas y limitadas. Como lo demuestran sus estudios, el hecho de tener una Constitución escrita con ciertos principios y disposiciones, no quería decir que tuviéramos en la realidad un sistema constitucional democrático.

A finales de la década de los años setenta, fecha en que Carpizo empieza a publicar sus primeros libros sobre el tema, el sistema político mexicano en la vía de los hechos era un sistema de controles metaconstitucionales altamente autoritario, en donde el poder estaba concentrado y centralizado en una sola instancia de gobierno, haciendo del principio de división de poderes letra muerta y en cuanto a la representación política, no había un fiel reflejo de la pluralidad y diversidad de ideologías que emergían en diversos sectores de la población. De hecho, este sistema político se caracterizó por haber tenido un sistema de partidos no democrá-

¹ Giovanni Sartori entre otros autores, asegura que México tuvo un presidencialismo autoritario caracterizado por la alta centralización y concentración de poder, que fue respaldado por un partido hegemónico, dentro de un sistema electoral no competitivo, en el cual el sistema constitucional formal fue desplazado por un sistema constitucional material, en donde las reglas no escritas de aquel sistema político tenían un valor relevante para organizar la gobernabilidad y los asuntos del gobierno. Véase Sartori, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada*, 3a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2005, p. 224.

tico y no competitivo, en donde prevalecía un partido hegemónico que monopolizó la mayor parte de la representación política federal y estatal por más de siete décadas.²

En este contexto es como Jorge Carpizo desentraña la realidad de nuestro sistema constitucional, ante lo cual presenta una nueva clasificación de Constituciones, con una nueva tipología y características, basado en el criterio ontológico que utilizó Karl Loewenstein, para entender la esencia de un Estado constitucional que refleja en la práctica lo que las normas establecen. El ser de las normas constitucionales con la realidad política de una determinada sociedad, en donde detentadores y destinatarios del poder, idealmente cumplen y obedecen lo que mandata su Constitución.

II. CLASIFICACIÓN DE LAS CONSTITUCIONES: CRITERIO TRADICIONAL

Para entender y complementar su nueva tipología de Constituciones, Carpizo sugiere en primer término conocer la clasificación que él titula tradicional, ya que describen los postulados con los que se crean las Constituciones o bien se conforma el Estado y sus gobiernos, permitiendo hacer un primer bosquejo comparado de sus instituciones y procedimientos. Es así como nos presenta en primer lugar a *James Bryce y su criterio rígido y flexible para la creación de normas constitucionales*, a *B.K.C Wheare, con sus nuevos criterios para diferenciar a una Constitución federal o unitaria, parlamentaria o presidencial, republicana o monárquica, suprema o no sobre el órgano legislativo*, a *C.C.F Strong y su tipología sobre la naturaleza del poder en los diferentes formas de gobierno*, a *D.S.A Smith* quien agregó a los criterios señalados con anterioridad, los de procedimientos con diarquía legislativa y *las Constituciones con partido único*.³ A este último criterio, Carpizo lo ha considerado como básico y trascendental para estar en condiciones de clasificar adecuadamente una Constitución, ya que el sistema de partidos condiciona el funcionamiento de los

² Otros elementos que caracterizaron a este peculiar sistema político, fueron el de dazo, el clientelismo electoral, el corporativismo sindical y rural, el encubrimiento, la corrupción y la alta disciplina de los grupos internos al PRI, que luchaban por el poder presidencial. Aun cuando hay una amplia literatura nacional e internacional sobre el tema, una de las referencias notables que explican este fenómeno, es el estudio de Carpizo, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, México, Siglo XXI, 1978.

³ Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1983, pp. 404-411.

poderes públicos, preponderantemente en la relación Ejecutivo-Congreso. Al respecto nos dice: “El sistema de gobierno es una estructura en la cual se desarrolla un proceso político que está profundamente determinado por los partidos políticos... hoy en día los principios que configuran la división de poderes y el sistema de gobierno se alteran y funcionan, según sea la existencia del régimen de partidos políticos en esa sociedad”.⁴

El criterio de régimen de partidos que sugiere Carpizo considerar para clasificar apropiadamente a una Constitución, es otra de sus aportaciones importantes para entender parte de la dinámica del poder dentro de un Estado constitucional, toda vez que su actuación aun cuando no representa en estricto sentido un acto de autoridad, ni forma parte del proceso institucional directo de las tomas de decisiones, sus agendas y posiciones, pueden incluso ser un obstáculo importante para el buen desahogo de la gestión gubernamental, especialmente puede ser un factor que lastime las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Congreso, por la influencia y presión que pueden ejercer con sus legisladores. Un caso que puede ejemplificar esta observación en la actualidad, es el comportamiento del Tea Party de los Estados Unidos, en donde en diversas ocasiones han condicionado y bloqueado diversos proyectos de ley enviados por el Ejecutivo, que en algunos casos han sido excesivos y de alto riesgo para la economía nacional y mundial. Es el caso del proyecto de presupuesto para el año 2014, que envió en tiempo y forma el presidente para la aprobación del Congreso y que fue rechazado por este grupo parlamentario radical, agotando los tiempos constitucionales y sin que su Constitución prevea mecanismos sustitutivos para resolver una posible crisis de funcionamiento y operación del gobierno. En estos casos, a falta de legislación y voluntad política, sería deseable que los partidos tuvieran disciplina y antepusieran sus intereses particulares a los intereses generales del Estado.

Otro criterio colateral al de los partidos políticos y que en lo personal me parece aún más importante es el diseño constitucional o legal del sistema electoral dentro de un Estado constitucional, ya que establece las reglas de elección y los porcentajes de representación, para conformar a los gobiernos. Esta variable tiene una sensible vinculación con el sistema de gobierno de cada país, que puede ser de tipo parlamentario, presidencial o semipresidencial. De tal manera, que la actuación de los partidos políticos depende del diseño constitucional o legal, que establece las condiciones y requisitos de su participación. En el caso alemán, el umbral

⁴ *Ibidem*, p. 408.

mínimo para tener representación política en el Parlamento es del 5%,⁵ en el caso mexicano es del 2%.⁶ Un mal diseño electoral y de partidos bien puede crear un sistema plural, pero disfuncional para gobernar, en razón de tener partidos con poca representación pero con la fuerza o influencia necesaria para chantajear a los partidos con mayor representación o en su caso a los gobiernos ya establecidos. Brasil e Italia son un buen ejemplo con sistemas electorales con proliferación de partidos que han complicado la gobernanza democrática.

No obstante que Carpizo integra a más autores con sus respectivas clasificaciones, entre los que destacan E. Leslie Wolf Phillips, F. Germán J. Bidart Campos y otros como él menciona, considera principalmente a Wheare y en menor medida a Smith como las referencias de mayor importancia, para entender desde una óptica tradicional (descriptiva) el funcionamiento de un sistema constitucional. En el caso de Wheare, suscribe plenamente su clasificación, sugiriendo añadir el criterio de los partidos políticos que ya comentamos.⁷ Con ello, según Carpizo, se logra una clasificación que no exagera en los criterios de conformación, pero que mantiene lo suficiente para describir apropiadamente la integración general de un sistema constitucional.

III. CRITERIO ONTOLÓGICO

De acuerdo con Carpizo, la clasificación tradicional es un buen comienzo para entender la conformación de un determinado sistema constitucional, pero insuficiente para identificar de manera completa la relación fáctica entre derecho y realidades constitucionales.⁸ De esta manera y siguiendo parcialmente el criterio ontológico de Karl Loewenstein es como conforma su clasificación de Constituciones. Es importante señalar que cuando Carpizo escribe sobre este tema, a finales de los años setenta, aún faltaban

⁵ El umbral o también conocido como la barrera electoral establecido en la ley electoral Alemana, consiste en que los partidos políticos para alcanzar un escaño, tienen que tener al menos el 5% de la votación total. El Liechtenstein se requiere el 8% de los votos para todo el país y en Turquía a partir de 1983 se estableció una clausula nacional de votos del 10%. Véase García, Domingo y Palomino, José F., *Barrera Electoral*, agosto de 2013, http://www.iidh.ed.cr/comunidades/redelectoral/docs/red_diccionario/barrera%20electoral.htm.

⁶ Véase artículo 32, Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.

⁷ Carpizo Jorge, *op. cit.*, nota 3, p. 417.

⁸ *Idem*.

diez años para que se derrumbará el muro de Berlín y con ello las Constituciones de los Estados totalitarios de Europa del Este, y que la Guerra fría que protagonizaban Estados Unidos y la ex Unión Soviética estaba en plena efervescencia.

Para desarrollar su criterio ontológico de las Constituciones, Carpizo sugiere antes que nada hacer tres preguntas:

a) cómo están establecidos y cómo operan en la realidad las garantías o derechos individuales; b) qué mínimos económicos y sociales se les aseguran a los individuos y cómo operan en la realidad, y c) cuál es la estructura del sistema político; dentro de esta última pregunta, lo que hay que constatar en la norma y la realidad es el principio de la separación de poderes y el régimen de los partidos políticos.⁹

A diferencia de Loewenstein, que identificaba como válido al criterio ontológico, únicamente por el cumplimiento o incumplimiento del *telos* constitucional, el fin de un sistema por la creación y el establecimiento de instituciones para la protección y limitación del poder político, Carpizo utiliza en adición criterios de análisis de orden socioeconómico que pertenecen al Estado de bienestar, respeto y garantía de los derechos humanos así como el sistema de los partidos políticos, para definir y clasificar a las Constituciones de la siguiente manera:

- a) democráticas;
- b) cuasi democráticas;
- c) de democracia popular, y
- d) no democráticas.¹⁰

Carpizo utiliza en todos los casos la palabra democracia, “porque ella es la finalidad de todo sistema constitucional”,¹¹ mientras que Loewenstein utiliza los términos Constitución normativa, nominal y semántica¹² para diferenciar a los Estados constitucionales que cumplen o no el fin de limitar el ejercicio del poder arbitrario. El problema de la enunciación que sugiere Carpizo, es que las Constituciones cuasi democráticas, o de democracia popular no pertenecen a un sistema constitucional democrático en

⁹ *Ibidem*, pp. 417 y 418.

¹⁰ *Ibidem*, p. 419.

¹¹ *Idem*.

¹² Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2a. ed, España, Ariel, 1976, p. 216.

sentido estricto de acuerdo a sus propios criterios de clasificación, ya que son sistemas que en lo institucional o en lo procedimental no cuentan con los medios, con las instancias apropiadas o con la voluntad de los detentadores del poder para limitar los actos de autoridad, invasivos, arbitrarios o discrecionales. De tal manera, que no hay finalidad democrática alguna en cualquiera de estos sistemas. Adicionalmente, las Constituciones que él considera como de democracia popular se podrían encasillar en las no democráticas, toda vez que pertenecían a los llamados Estados totalitarios, sistemas que por definición son antagónicos con cualquier forma de democracia electoral o constitucional y que imponían por decreto una ideología oficial, con un partido oficial de Estado, al mismo tiempo que limitaban en la realidad cualquier libertad política.

Su clasificación se podría resumir entonces en dos segmentos: los sistemas constitucionales democráticos y los sistemas pseudoconstitucionales¹³ no democráticos, con las variables que caracterizan a un sistema autoritario, dictatorial o autocrático.

En este contexto es como caracteriza en primer lugar a la Constitución democrática, cuando *se protegen las garantías individuales y hay un mínimo de seguridad económica, no se presenta la concentración de poder en una persona o grupo y el sistema de partidos acepta el pluralismo ideológico*.¹⁴ Gran Bretaña, Suecia, Noruega, Dinamarca, Holanda, Bélgica y Suiza son los ejemplos que sugiere para identificar a este sistema. Creo que en la actualidad los Estados Unidos, Canadá, Francia, Alemania, Finlandia, Noruega, Australia y Japón, entre otros países, son también buen ejemplo de sistemas constitucionales democráticos, con las características anteriormente señaladas.

En segundo lugar presenta a la Constitución cuasi democrática, que postula garantías individuales y económicas, pero no se cumplen bien, no hay respeto hacia los derechos humanos, ni estabilidad política firme, ni prosperidad económica y hay gran desigualdad social. En lo orgánico, aun cuando hay principio de división de poderes, hay una autoridad que concentra el poder con tal fuerza, que destruye el equilibrio que debe existir con los otros órganos de gobierno.¹⁵ Y en el campo de lo electo-

¹³ Giovanni Sartori en su polémico ensayo "Constitutionalism: A Preliminary Discussion", apoya el criterio ontológico de Lowenstein para explicar y precisar el concepto de Constitución. Sin embargo difiere de los términos empleados para establecer la clasificación ontológica. Al respecto ha sugerido la siguiente clasificación: Constitución garantista, Constitución nominal y pseudoconstitución o Constitución fachada. Véase *Elementos de teoría política*, España, Alianza Editorial, 1999, p. 22.

¹⁴ Carpizo, Jorge, *op. cit.*, p. 422.

¹⁵ Se refiere al presidencialismo mexicano, en donde el titular del Poder Ejecu-

ral, hay un pluralismo acotado ya que hay un partido preponderante o hegemónico. México, la India y Tanzania son los ejemplos que sugirió en su momento para identificar a este sistema no democrático. En la actualidad tanto México, como la India han hecho diversas reformas constitucionales que permiten ubicar su contexto político presente como democrático, a pesar de las limitaciones e insuficiencias económicas y sociales que mantienen en sus respectivas sociedades. Son dos ejemplos de transición gradual de un Estado no constitucional a un Estado constitucional. En el caso mexicano y de acuerdo a los elementos con los que Carpizo identifica a las Constituciones democráticas, claramente México vive en un pluralismo político, con elecciones auténticas y legítimas, poderes públicos en la letra y en la práctica institucional que guardan equilibrios, así como una nueva constitucionalidad en materia de derechos humanos. No obstante, aún queda pendiente una reforma constitucional al régimen político que permita hacer más funcional la organización y gestión de los asuntos de gobierno. Si tuviéramos que actualizar la lista de países que podrían entrar en la tipología que ha descrito Carpizo sobre sistemas constitucionales cuasi democráticos, creo que Rusia y Venezuela son un buen ejemplo que ilustra en tiempo presente a sistemas no dictatoriales ni tiránicos, pero sí con medios de control y restricción metaconstitucional de las libertades públicas fundamentales, con un partido predominante y un gobierno que tiene un órgano de poder que aplasta el principio de división de poderes.

Las Constituciones de democracia popular son las que refería para algunos de los países socialistas del antiguo bloque de Europa del Este políticamente vinculados a la ex Unión Soviética. Las caracteriza *por no tener garantizados sus derechos fundamentales, por la negación del pluralismo político con partidos de Estado y por la gran concentración del poder en uno de los órganos del gobierno, con derechos sociales pero con protección mínima de seguridad económica*.¹⁶ Cita como ejemplos a Hungría, Checoslovaquia, China, Albania, Bulgaria y Rumania. De esta lista la antigua república de Checoslovaquia se

tivo en funciones concentraba una serie de facultades constitucionales y metaconstitucionales que le daban un gran poder personal de decisión sobre los asuntos más variados de la política nacional, aunque no fueran en estricto sentido de su competencia. Al respecto Jorge Carpizo es reconocido por ser uno de los primeros autores que trató el tema desde una perspectiva sociopolítica, con críticas y observaciones de aquel sistema que fue identificado por otros autores como la presidencia imperial o la dictadura perfecta. Véase Carpizo, Jorge, *Presidencialismo mexicano*, México, Siglo XXI, 1993.

¹⁶ Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, cit., p. 420.

ha dividido en dos Estados-nación. Con la caída del comunismo a finales de la década de los años noventa, con la excepción de China todos los países sugeridos han transitado exitosamente a un sistema constitucional democrático. En la actualidad se podría incluir dentro de esta tipología de sistema a Cuba, Vietnam y Corea del Norte, pero igualmente podrían estar considerados en la siguiente clasificación.

Finalmente, caracteriza a los sistemas constitucionales no democráticos como aquellos en donde *no está asegurada la protección de los derechos fundamentales, no hay mínima protección de seguridad económica, ni pluralismo político y las funciones de gobierno están concentradas en uno de los órganos de autoridad.*¹⁷ Refiere a las dictaduras militares de Latinoamérica y de África de los años setenta como ejemplos de este sistema no constitucional. La línea de distinción entre un sistema de democracia popular y no democrático en realidad es muy delgada y se puede prestar a confusiones, ya que la única diferencia que hay entre ambas es la protección mínima de seguridad económica, según las variables de clasificación de Carpizo. Tratóndose de dictaduras, Cuba, Corea del Norte, Siria, Yemen, Myanmar y Zimbawe son buenos ejemplos que cumplen todos los requisitos y características de un sistema totalmente contrario y opuesto a un sistema constitucional, con el agregado de tener igualmente niveles de bienestar muy pobres.

Sobre su clasificación de Constituciones el propio Carpizo reconoce que puede *prestarse a polémicas y controversias y que la terminología utilizada no es precisa porque la palabra democracia se presta a diversas interpretaciones.*¹⁸ Coincido con su apreciación sobre el tema. Lo relevante de su propuesta es la caracterización que da a los sistemas constitucionalmente democráticos de los que no lo son. Básicamente reconoce a los sistemas constitucionales por su capacidad efectiva de garantizar las libertades y derechos fundamentales, hay un estado mínimo de bienestar en la letra y en la realidad social, pluralismo político y un sistema de reglas generales para limitar y equilibrar el poder público.

En contraste, identifica a los sistemas constitucionales no democráticos en un sentido amplio, con los sistemas políticos autoritarios, totalitarios, dictatoriales o autocráticos de aquella época, según fuera el caso. Claramente a México al ubicarlo en sistema constitucional cuasi democrático, lo identificaba como un sistema autoritario, pero *no dictadura, ni tiranía*, que bien podía transitar hacia un sistema constitucional democrático.

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ *Ibidem*, p. 419.

Transición que se ha dado de manera gradual fundamentalmente en el campo electoral y de derechos humanos, creando con ello un sistema que reconoce y garantiza libertades y derechos fundamentales, competitividad electoral y pluralismo político. Suscribo plenamente el argumento del doctor Carpizo, con la salvedad de que estos sistemas eran políticamente muy estables¹⁹ y tuvieron larga duración. A este sistema que también podemos identificar como un sistema político que funcionó con arreglo a una Constitución material, sobre la base de usos y costumbres, con reglas no escritas para ordenar y organizar la cosa pública y la clase política, ejerció de manera ininterrumpida el poder presidencial por más de 70 años, cuando el poder real estaba concentrado y centralizado principalmente en esa oficina de gobierno.

Como hemos observado, para el doctor Carpizo tanto el criterio tradicional como el ontológico son complementarios para entender el concepto y contexto de lo que es un sistema constitucional. No obstante menciona que: “A pesar del problema que representa la clasificación ontológica, ella es superior a la tradicional”.²⁰ Y tiene razón, porque se puede medir y probar la realidad y efectividad de un sistema constitucional en los hechos y no por lo que establece únicamente la letra de la ley que en ocasiones se convierte en falsas pretensiones de semántica constitucional.

IV. CLASIFICACIÓN DE LAS FORMAS DE GOBIERNO CONSTITUCIONAL: LA MONARQUÍA

Hemos observado las características con las que Jorge Carpizo configura al Estado constitucional, ideas que se pueden resumir por la protección de los derechos humanos, con seguridad económica para la población, con un sistema electoral plural y con un gobierno que funciona bajo el principio efectivo de la división de poderes. En este último caso, los sistemas constitucionales tienen dos medios para cumplir con este propósito del telos constitucional; del fin para dividir y limitar al poder ante el eventual

¹⁹ En el prólogo del libro *El presidencialismo mexicano*, Jorge Carpizo aseguraba que: “Escogí como tema de este ensayo el sistema presidencial mexicano porque su existencia constituye, con la de un partido político predominante, una de las dos piezas más importantes del sistema político mexicano, el que, con todos sus defectos, vicios e injusticias, ha dado a nuestro país varios decenios de estabilidad política, un gobierno civil, cierto número de libertades y algunas posibilidades para la realización personal”.

²⁰ Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, cit., p. 416.

abuso de autoridad y con ello inhibir la desnaturalización irracional de lo que produce un poder sin control y sin medios de control.

Es así como el control del poder público (constitucionalismo) puede estar organizado bajo la estructura institucional de una monarquía o una república, fundamentalmente. Aun cuando tenemos registros históricos que datan desde la antigua Atenas para clasificar a las formas de gobierno en más de tres, el Estado constitucional encontró en el pensamiento de Fortescue, Harrington, Locke, Coke, Bollingbroke, Montesquieu, Rousseau, Paine, Constant y sobre todo en los federalistas (Hamilton, Jay y Madison), la fórmula que permite conciliar principios y disposiciones normativas para establecer un ejercicio de poder moderado, equilibrado y responsable. Tanto en las repúblicas como en las monarquías constitucionales, la preocupación mayor se refleja en el establecimiento de una estructura que limita el poder a través de un arreglo legal de pesos y contrapesos ya sea a través de la separación de poderes como es el caso del modelo Washington o de la fusión de poderes, como es el caso del modelo de Westminster.

A diferencia de las monarquías, el gobierno republicano ha ido más allá de este principio al buscar que el acceso y no solo el ejercicio del poder tenga una connotación democrática más amplia. Carpizo lo señala muy bien cuando refiere que Madison al explicar lo que era una república, *qué caracterizó en principio porque todo el poder público tenía su origen en el pueblo de manera directa o indirecta y que todo título de nobleza tenía una prohibición absoluta*.²¹ Estas ideas normaron en la Constitución de los Estados Unidos, el principio de la soberanía popular y el principio de igualdad jurídica y política para la conformación de un gobierno del pueblo, para el pueblo y por el pueblo. Fórmula con la que Lincoln popularizó el concepto de la democracia en Norteamérica.

En prelación del tiempo, las primeras transiciones políticas constitucionales se dieron con el paso de una monarquía absolutista a una monarquía constitucional en la Inglaterra del siglo XVII. Cien años después tocó el turno para experimentar nuevas transiciones constitucionales para que se adoptarán nuevas repúblicas en oposición a las monarquías absolutas y como alternativa de las monarquías constitucionales ya establecidas. Este fue el caso de los Estados Unidos en 1787 y Francia en 1791, cuyo modelo institucional para establecer el funcionamiento del

²¹ Carpizo, Jorge, "La república democrática en la Constitución mexicana", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLIV, núm. 132, septiembre-diciembre de 2011, p. 1053.

gobierno, fue toda una innovación política que perdura hasta nuestros días.

Con estos antecedentes, Jorge Carpizo identifica a la monarquía tradicional, con las siguientes características: su poder se *deriva de una dinastía histórica, el monarca ocupa el cargo de manera vitalicia y el rey no es responsable de sus actos*,²² en buena medida porque no gobierna, solo reina cumpliendo *funciones representativas, formales* y yo agregaría protocolarias. Ofrece como ejemplos a la *Gran Bretaña, Holanda, Bélgica y varios países escandinavos*. Podríamos incluir también a España y Japón que en este grupo se podrían presentar como gobiernos que aun cuando tienen un rey o reina, emperador o emperatriz como jefe de Estado, hay un jefe de gobierno que es electo por vía del voto popular directa o indirectamente a través del parlamento, en donde hay claros límites al ejercicio del poder de cada órgano del Estado y los funcionarios de gobierno sí son responsables de sus actos. Son gobiernos constitucionales en el más amplio sentido de la expresión con todas las características de una democracia liberal. La monarquías tradicionales que incorporaron a sus sistemas políticos y legales los principios, instituciones, normas y procesos de los límites del poder, como medio y técnicas institucionales para evitar abusos y mal gobierno, han transitado exitosamente hacia monarquías constitucionales, en donde la corona aun cuando en algunos casos es una referencia de alta estima social, símbolo de unidad nacional y autoridad moral, no ejerce materialmente poder alguno de gobierno, salvo los de protocolo, representación y en algunos casos para formalizar el inicio de periodos de las sesiones parlamentarias.

V. LA REPÚBLICA

Para definir a la república, Carpizo sigue el mismo método que utilizó Madison, buscando en primer lugar los elementos contrarios al de una monarquía, de esta manera es como conceptualiza a esta *forma de gobierno que se fundamenta en el principio de la soberanía popular, en la cual los gobernantes son libremente electos por los ciudadanos para un periodo determinado y son responsables jurídica y políticamente de sus actos, de acuerdo con la ley*.²³

²² *Ibidem*, p. 1054.

²³ *Idem*.

De acuerdo con esta definición, la república de Carpizo es una forma de gobierno que parte del principio en donde la voluntad general de los electores, determina quién habrá de representarnos y gobernarnos, por un determinado mandato, y una vez electos para el ejercicio de funciones, los representantes de acuerdo a su comportamiento y desempeño, pueden ser sujetos de procesos por responsabilidades no cumplidas o mal cumplidas de conformidad con lo que la ley establezca. En esta perspectiva, la república en primer lugar está íntimamente asociada con la democracia electoral, con elecciones auténticas que respeten la voluntad del voto popular, que permitan y garanticen que el voto sea libre, esto es libre de cualquier forma de cooptación, manipulación o coacción. De tal manera, que el Estado constitucional debe asegurar procesos electorales que tengan los medios suficientes para regular que las elecciones, sean equitativas, imparciales y transparentes, que permitan el libre tránsito con la mayor información posible de lo que candidatos y partidos proponen en sus agendas legislativas o de gobierno, con el fin de que el ciudadano elector, cuente con los mejores elementos posibles de decisión. Si la voluntad general es la primera parte con la que se conforma la república, la pregunta es cómo y quién garantiza que la soberanía tenga los mejores elementos de información para tomar decisiones sustantivas. Y aquí vuelve a aparecer el Estado constitucional que debe permitir y proteger la más amplia libertad de información y de opinión de los diversos sectores y medios de comunicación que conforman una determinada sociedad política. Es claro que a mayor oferta de medios informativos, mayor pluralidad y mayores accesos de información que pueden apoyar la decisión del voto popular, del ejercicio de una soberanía que se autodetermina políticamente. Idealmente el gobierno de una república se debería conformar por votos razonados, lo cual implica electores educados, ciudadanos responsables. Por las razones que sean, no hay en general democracias con estas características, pero el voto informado es suficiente para elegir a los que habrán de gobernar. Los electores elegimos a los detentadores del poder, no ejercemos el poder, toda vez que son repúblicas representativas. Los que sí deben tener conocimientos para el ejercicio de sus responsabilidades son los aspirantes a gobernar, no necesariamente los que somos electores. La república de Platón y su gobierno de filósofos era una pretensión del mundo ideal, que en sociedades con millones de personas, difícilmente se convertirán en una realidad.

En las democracias contemporáneas se presupone la libertad de expresión, no está a discusión el tema. Es un derecho que se respeta a plenitud, pero en donde hay diferencias es en el modelo de comunicación política

que regula el proceso electoral. Básicamente hay dos modelos a considerar. En primer lugar tenemos a la democracia de los Estados Unidos, que es una república que respeta la libertad de expresión por cultura y por el arreglo de su primera enmienda, en donde constitucionalmente está prohibido legislar en contra de esta disposición, que incluye la libertad de expresión, opinión y de información. Al tener protección constitucional, la primera enmienda no hace distinción o reserva alguna para el pleno ejercicio de este derecho en tiempo, ni en lugar alguno. En sus procesos electorales los ataques personales y las campañas negativas son una constante, pero lo asimilan como parte de su cultura democrática. No obstante que hay restricciones económicas, topes para gastos en publicidad electoral en medios de comunicación, la enmienda primera permite implícitamente que terceros con dinero privado apoyen a los candidatos de sus simpatías. Es un modelo que tiene ventajas y desventajas, fortalezas y debilidades, pero la libertad de opinión queda absolutamente salvaguardada ya que es observada como unas de sus libertades fundamentales.

En el caso mexicano, que ha seguido en buena medida el modelo de comunicación de algunos países europeos, hay total restricción para que partidos o particulares contraten espacios mediáticos de radio y televisión.²⁴ El Instituto Federal Electoral monopoliza la función de asignar los espacios permitidos, para que en breves spots, se presenten las ideas o propuestas de candidatos y partidos. La intención es alejar al dinero como elemento determinante de una elección, lo cual es relevante para garantizar elecciones que resuelven sobre la base de propuestas y no del candidato o partido que tengan más apoyos económicos para pagar la publicidad en medios de comunicación. Adicionalmente hay otras disposiciones que literalmente prohíben la *difusión de propaganda política o electoral que difundan los partidos, para abstenerse de proferir expresiones que denigren a las instituciones y a los propios partidos, o que calumnien a las personas*.²⁵ Independientemente de la subjetividad que se pudiera presentar en cada caso, se corre el riesgo de que la autoridad ejerza de manera discrecional la interpretación que le pueda dar a cada controversia presentada. Toda vez que lo que para unos puede ser una crítica fundada para otros puede representar una expresión que denigra a las instituciones o a los partidos. En este campo la libertad de expresión queda limitada por las restricciones que impone el modelo constitucional, suponiendo que puede subsanar los males del primer modelo.

²⁴ Véase artículo 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

²⁵ *Idem*.

Como se observa, en ambos casos hay aspectos positivos y negativos, que pueden vulnerar o condicionar la libre información que requiere todo electorado para decidir con la mayor libertad y conocimiento posible. Lo importante es que las elecciones tengan reglas equitativas para la competencia, con autoridades imparciales que aseguren un proceso apegado a la ley y de amplia información, para que los electores deliberen y decidan sobre la base objetiva de cada propuesta y sugerencias electorales. Con los medios tecnológicos y en especial con las redes sociales, hay una mayor democratización de opiniones e información, que bien puede romper con barreras de cercos informativos impuestas o autoimpuestas por los propios medios, pero también con el riesgo de que proliferen datos e información de candidatos y propuestas difamatorias e intrascendentes, que poco o nada contribuyan a fortalecer la conciencia deliberativa de la soberanía popular.

La periodicidad para la renovación del poder público es otro de los componentes que Carpizo identifica como fundamental para concebir a una república como forma de gobierno. Es complemento de la soberanía, ya que el poder popular no solo vota para elegir, también al votar crea mandatos de representación por un tiempo determinado, que deberán de ser renovados periódicamente, sea para reelegir a un mismo servidor público para un nuevo mandato, o bien para elegir a un nuevo gobierno.

Finalmente, la responsabilidad de los servidores públicos implica que su actuación deberá estar fiscalizada y será sujeta de los mecanismos que la Constitución prevé para que rindan cuentas por su trabajo y por el cumplimiento de sus funciones. Sobre este aspecto el doctor Carpizo comenta que de todos los elementos que conforman a la república, el sistema de responsabilidades es el único que no satisface los criterios que conforman a la república en México, ya que debe de ser *afinado y ampliado*.²⁶ Mejorado y perfeccionado para que el principio del control del poder de nuestro Estado constitucional tenga más y mejores mecanismos de control, para asegurar un gobierno que actúa conforme lo que la ley mandata, sin abusos y sin excesos. Con el menor grado de corrupción e impunidad. Es este uno de los aspectos de nuestra transición política que mayor debilidad presenta, ya que los cambios de un sistema político de corte autoritario a uno más democrático han pasado por el campo electoral, de reconocimiento y protección de los derechos humanos, con algunas reformas menores para asegurar derechos de participación ciudadana y también con algunas reformas relevantes que han fortalecido a los poderes Judicial y

²⁶ Carpizo, Jorge, *op. cit.*, nota 21, p. 1063.

Legislativo. No obstante, los medios y mecanismos de control intraórgánico del poder aún están pendientes. No obstante que la Constitución reconoce en diversas disposiciones constitucionales,²⁷ los medios y sanciones del caso, el modelo previsto no ha resuelto aquellos casos en donde el abuso de poder ha sido una constante, por corrupción o negligencia. Tal vez un nuevo modelo en donde los partidos tengan una participación marginal, con los equilibrios apropiados, pudiera mejorar la fiscalización y la rendición de cuentas entre los poderes públicos, consolidando al Estado de derecho, a nuestra democracia y a nuestro Estado constitucional.

Soberanía popular, periodicidad para la renovación del poder público y responsabilidades de los servidores públicos resumen la idea de república que nos presenta el doctor Carpizo. ¿Son principios universales de toda república? Sí para las repúblicas democráticas, no para los Estados que se hacen llamar repúblicas, pero que en la vía de los hechos son su negación en la aplicación de principios y valores de libertad, igualdad y republicanismo. ¿Aplicarían los mismos principios para Alemania, Francia, Estados Unidos y México? Sí pero con medios y diseños institucionales diferentes, toda vez que tienen sistemas de gobierno diferentes. De esta manera la república democrática ha encontrado en los sistemas de gobierno parlamentarios, presidenciales y semipresidenciales los causes y mecanismos procedimentales que le permiten conciliar dentro del Estado constitucional, soberanía popular para elegir directa o indirectamente a sus representantes y a su gobierno. Periodicidad en la renovación del poder público, por mandatos populares previamente establecidos o por anticipación de elecciones por la falta de confianza en un gabinete o coalición de gobierno y responsabilidades de la gestión de gobierno a través de mecanismos parlamentarios de censura o bien por medios de fiscalización indirecta, a través de instancias de control y supervisión no parlamentarias.

Para el caso mexicano y por disposición de los artículos 40 y 80 constitucionales, somos una república representativa, federal, laica y democrática, con sistema de gobierno de tipo presidencial. Como advertimos anteriormente y de acuerdo con las definiciones de Carpizo, México tiene ahora una Constitución formalmente democrática, con una república democrática, con un sistema de gobierno presidencial y cumple con casi la totalidad de los cuatro criterios que identificó Madison para la confor-

²⁷ Fundamentalmente son el juicio de procedencia, juicio político y sanciones penales, de conformidad con el título cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

mación de un gobierno republicano. La excepción es y sigue siendo el sistema de responsabilidades de los servidores públicos. Tesis que compartimos ampliamente y que es uno de los pendientes de la transición política de México, para crear nuevas reglas, con nuevos mecanismos de control, para evitar el abuso y la corrupción sobre el adecuado ejercicio del poder público y el gasto del dinero público. Y en este sentido, hasta en tanto no tengamos un nuevo modelo de control del poder en cuanto al ejercicio de funciones públicas, con sus respectivas sanciones en todos los órdenes de gobierno, no tendremos una transición concluida ni un Estado constitucional consolidado.

VI. CONCLUSIÓN

Las ideas de Jorge Carpizo, han contribuido a conformar una teoría general sobre el Estado constitucional. Al ser uno de los pioneros en el país en tratar estos temas desde una perspectiva normativo-institucional, ofreció las primeras discusiones de un debate nacional que nos ha llevado casi cuarenta años en construir. Su mérito mayor fue el trazo y bosquejo prospectivo de un México democrático que debía establecer una nueva constitucionalidad, para la implementación de un nuevo diseño de gobierno, con nuevas reglas, procedimientos e instituciones. En muchas de las reformas que han posibilitado nuestra transición política, están las ideas y propuestas de Jorge Carpizo. Su pensamiento trascendió la especulación de la teoría, para convertirse en derecho positivo. Las aportaciones que ofreció sobre una nueva tipología de Constituciones así como su definición de república democrática, han sido pilares conceptuales importantes para entender el sentido de nuestra transición política y el futuro de nuestra democracia. Es así que podemos decir que Jorge Carpizo al definir y caracterizar a las Constituciones y repúblicas modernas, creó parcialmente una base conceptual para definir y entender al Estado constitucional, que se sustenta en un arreglo institucional que reconoce y protege los derechos fundamentales, garantiza un estado mínimo de bienestar económico y social, hay división de poderes y medios de control hacia el ejercicio del poder público, que hace responsables jurídica y políticamente a quienes ejercen la función pública al margen de la ley y los representantes populares son elegidos por voluntad del pueblo, periódicamente y por un mandato de tiempo determinado. Cuando estos elementos se integran armónicamente, sin duda estamos hablando según las tesis de Jorge Carpizo de

un Estado constitucional en una república democrática, en el más amplio sentido de la expresión.

VII. NOTA FINAL

La primera ocasión que supe de Jorge Carpizo fue en el verano de 1985, cuando recibí la notificación de aceptación por parte de la UNAM, para ingresar a la Licenciatura en Derecho. El rector mediante carta escrita, felicitaba y exhortaba a los alumnos de nuevo ingreso a cumplir y hacer conciencia de las nuevas responsabilidades, obligaciones y derechos universitarios de los que éramos objeto al momento de formar parte de la comunidad universitaria.

En la Facultad de Derecho su nombre era constantemente mencionado, por profesores y alumnos, principalmente porque en el año de 1986, después de haber presentado un diagnóstico sobre las fortalezas y debilidades de la UNAM, había impulsado diversas reformas ante el Consejo Universitario con el fin elevar el nivel y la calidad del trabajo académico de la universidad. Independientemente del destino que tuvo dicho proyecto de reformas, claramente Jorge Carpizo estaba proponiendo una nueva base de reglas e incentivos para hacer más competitiva y productiva a la universidad pública número uno del país. Se estaba adelantando a lo que otras universidades públicas en Latinoamérica y Asia entenderían e implementarían años más tarde, para fortalecer el capital humano de un país que buscaba insertarse en un mundo económicamente globalizado y altamente competitivo.

En un segundo momento, volví a saber de Jorge Carpizo como el académico que era referido y reconocido internacionalmente. En una serie de entrevistas que tuve para recibir orientación sobre diversos programas de Maestría en Derecho Constitucional, tuve la oportunidad de platicar en 1991 con el profesor Leslie Wolf Phillips en la Escuela de Derecho de la London School of Economics. Al término de la conversación, me preguntó si conocía al profesor Carpizo. A lo que respondí que no en lo personal. Me impresionó las consideraciones y reconocimiento que tenía hacia su trabajo académico, que calificó de *outstanding*. Viniendo de un profesor inglés y uno de los principales tratadistas en materia constitucional de la época, me quedó clara la dimensión, calidad, aportaciones y trascendencia internacional que había logrado Carpizo, incluso en foros de gran prestigio y tradición internacional.

En un tercer momento, apareció la oportunidad de tratarlo personal y académicamente. En el año 2000 tuve la grata coincidencia de llevar a cabo una serie de entrevistas sobre la transición política y la alternancia electoral de México, con diferentes académicos de Estados Unidos y Europa principalmente. En la parte mexicana aun no contaba con la versión de especialistas que pudieran complementar o confrontar las observaciones y reflexiones internacionales que había recabado previamente. De manera fortuita, la doctora Graciela Staines, compañera de generación y colega de la Facultad de Derecho se ofreció a presentarme al doctor Carpizo, para platicar sobre mi proyecto inconcluso. Después de la entrevista y de algunas conferencias sobre el tema de derecho a la información de las que fui su invitado, nació una amistad sincera que me permitió creer en algunos casos abusar de su tiempo y consideraciones para consultarle temas en los que tenía duda. Siempre encontré en sus consejos y orientación, los altos valores del hombre virtuoso: sinceridad, objetividad, austeridad, conocimiento, decencia, ética y un alto sentido de responsabilidad por el bien público. El tiempo me permitió tener el privilegio de formar parte de sus alumnos doctorantes, para trabajar el tema sobre transparencia y rendición de cuentas. Lamentablemente el destino y un proyecto que avanzó lentamente, más lento de lo que hubiese deseado, interrumpió súbitamente esta consideración de la vida académica.

A Jorge Carpizo, profesor, mentor y ejemplo para nuevas generaciones, lo debemos recordar por sus acciones, ideas y aportaciones que ofreció para construir un México democrático, con justicia, libertad, dignidad e igualdad. Esperemos que nuevas ideas, con el mismo espíritu liberal de Jorge Carpizo, logren consolidar este gran esfuerzo.

Finalmente deseo agradecer a los doctores Héctor Fix-Fierro y Miguel Carbonell, el generoso espacio editorial para hacer algunas reflexiones en honor y memoria del doctor Jorge Carpizo.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- CARPIZO, Jorge, *Estudios constitucionales*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1983.
- , *Presidencialismo mexicano*, México, Siglo XXI, 1993.
- , “La república democrática en la Constitución mexicana”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLIV, núm. 132, septiembre-diciembre de 2011.

- , *Sistema presidencial mexicano: dos siglos de evolución*, Perú, Editorial ADRUS, 2011.
- ISLAS, Jorge, *Reforma al sistema presidencial mexicano*, México, Plataforma, Fundación Colosio, 2012.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2a. ed, España, Ariel, 1976.
- SARTORI, Giovanni, *Elementos de teoría política*, España, Alianza Editorial, 1999.
- , *Ingeniería constitucional comparada*, México, Fondo de Cultura Económica, 2005.
- , *La transición mexicana*, México, UNAM, 2007.
- , *Videopolítica: medios, información y democracia de sondeo*, México, Fondo de Cultura Económica, 2005.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
The Constitution of the United States.

Páginas de Internet

GARCÍA, Domingo y PALOMINO, José F., *Barrera electoral*, agosto de 2013,
http://www.iidh.ed.cr/comunidades/redelectoral/docs/red_diccionario/barrera%20electoral.htm.

RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LA MATERIA MERCANTIL O DE COMERCIO

Pedro A. LABARIEGA V.*

*Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur,
partim suo proprio, partim commune omnium
hominum iure utuntur.
(Gayo, Institutas, I, 1)*

SUMARIO: I. *Planteamiento general.* II. *Examen del régimen general de distribución de competencias.* III. *Examen del régimen particular de la materia de comercio.* IV. *Los excesos del poder reformador.*

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

Las dudas y controversias que se han presentado con motivo de la publicación de la Ley Federal de la Correduría Pública en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF) del 29 de diciembre de 1992 y las subsecuentes disposiciones sobre la misma materia, como es el Reglamento a dicha ley y algunas otras resoluciones administrativas, deben estudiarse —en nuestra opinión— a la luz de los principios constitucionales, que precisan cuál es el régimen jurídico, repetimos a nivel de la carta magna, de la materia mercantil y de comercio, e inclusive de la materia de correduría pública, a fin de esclarecer con toda exactitud cuál es el alcance de la competencia federal sobre las expresadas materias.

Digamos que, en último caso, las dudas y controversias surgidas al respecto, se reducen a un problema de competencia del gobierno federal para regular las referidas asignaturas, tal como lo han planteado ya al-

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor de la UNAM y de otras universidades públicas y privadas del país.

gunos de los escritos, que han participado en las referidas controversias.¹ Aunque también podríamos preguntarnos sobre si acaso el Congreso Federal tiene facultad expresa para expedir una ley federal de la correduría pública simplemente.

Podemos, pues, aceptar este punto de partida, respecto del cual existe un amplio consenso, aunque solo sea para reconocer que estamos ante un problema de competencia. Esto significaría que la tarea pendiente para todos, no es otra sino la de tratar de estudiar mejor las cosas y tratar de manejar más acertadamente la información disponible.

En efecto, el problema de la competencia del gobierno federal no solo nos exigirá llevar a cabo el estudio de los preceptos constitucionales que contienen los enunciados precisos de dicha competencia, como los numerales 25, 26, 27, 28, 73, 89 y 124 por citar los más importantes, sino que además nos exigirá realizar también el estudio de otros varios artículos de nuestra carta magna que regulan otras diversas materias que tienen que ver con la competencia, tales como la actividad reformadora del mal llamado poder constituyente permanente, cuyos excesos pueden ser la mejor explicación de algunas de las muchas dudas que se han presentado.

Pues bien, para seguir un cierto orden, primero, examinaremos los principios constitucionales que regulan el sistema general de distribución de esta competencia entre el gobierno federal y las entidades federativas, para poder ocuparnos, en una segunda parte, del examen particular de la competencia en dicha materia mercantil o de comercio. Y finalizaremos con el enunciado de algunas conclusiones.

II. EXAMEN DEL RÉGIMEN GENERAL DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

Sin ánimo de agotar todas las posibilidades metodológicas, podemos decir que la competencia de una autoridad respecto de una determinada materia se precisa tomando en cuenta por un lado, el principio de *territorialidad*, el cual nos da o nos marca los límites espaciales de la competencia, y, por otro lado, tomando en cuenta el alcance y la naturaleza de cada una de

¹ Nos referimos al documento del licenciado Jacinto Silva Rodríguez, presidente del Colegio de Corredores Públicos del Estado de Jalisco, del 20 de abril de 1995 intitulado “Algunas consideraciones en relación con el marco constitucional y jurídico de la actividad del corredor público”.

las asignaciones o atribuciones que la Constitución enuncia a favor de la mencionada autoridad.

Por regla general, la doctrina mexicana al hablar de la competencia no hace referencia explícita al principio de territorialidad, limitándose a examinar los enunciados o las asignaciones en particular.

Claro está que esa misma doctrina sí se ocupa del estudio del elemento territorial a fin de precisar los límites, no de la competencia del gobierno federal, sino de la soberanía del Estado mexicano, lo cual es y representa una cuestión diferente, como lo veremos dentro de un instante.

Y cuando dicha doctrina se detiene en el examen de las asignaciones competenciales, para precisar su alcance y naturaleza, ha consagrado la siguiente clasificación de las facultades del gobierno federal: primero, nos habla de las facultades expresas, tal como lo indica el artículo 124 constitucional y de facultades coincidentes, aclarando inmediatamente que las facultades expresas necesariamente requieren de la existencia de otras facultades llamadas implícitas.

No es la única clasificación. Algunos autores hablan, además, de facultades concurrentes, facultades coexistentes, facultades de auxilio etcétera.² De cualquier modo, pasemos al estudio separado del principio de la territorialidad para ver a continuación los detalles de esta otra forma de distribución de la competencia, mediante la clasificación de las facultades.

1. *El principio de territorialidad*

Ya advertimos que la doctrina estudia el territorio pero vinculándolo con el alcance del principio de la soberanía del Estado mexicano. Esta clase de

² Cfr. Carpizo, Jorge y Madrazo, Jorge, *Derecho constitucional*, México, Instituto Federal Electoral, 1993, pp. 93 y 94. Además, sobre el tema puede consultarse: Carpizo, “Comentario al artículo 124”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*, México, UNAM, 1997, t. II, pp. 1301 y ss.; Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 33a. ed., México, Porrúa, 2000, cap. VII, núms. 37-40. El propio Carpizo señala ocho principios o pautas para determinar o resolver los problemas de competencia. Tales normas son: 1. Facultades atribuidas a la Federación, 2. Facultades atribuidas a las entidades federativas; 3. Facultades prohibidas a la Federación; 4. Facultades prohibidas a las entidades federativas; 5. Facultades coincidentes; 6. Facultades coexistentes; 7. Facultades de auxilio, y 8. Facultades que emanan de la jurisprudencia, ya sea reformando o adicionando esta clasificación. Cfr. “Comentario al artículo 124”, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, t. XII, México, Miguel Ángel Porrúa y Cámara de Diputados, 2000, pp. 953 y ss.

estudios ahí están en cualquier manual de derecho constitucional mexicano.³

Allí están los estudios y están bien hechos, de manera que nosotros no los vamos a cuestionar ahora, lo que proponemos es que, al hablar de la competencia del gobierno federal (y en su caso de la competencia de los entidades federativas) no se debe olvidar el principio de la territorialidad.

El principio de *territorialidad de las leyes* consiste en que todo Estado puede expedir normas y hacerlas aplicar dentro de los confines de su territorio. Es decir, el territorio deviene el espacio físico en donde la ley de un determinado país puede aplicarse, esto es, el límite material dentro del cual la organización política impone su derecho.⁴

Ahora bien, dicho principio deriva del principio de legalidad, contenido en los preceptos constitucionales 14, 16 y 133, entre otros, que obliga al legislador a no actuar arbitrariamente o en exceso de poder. Ello significa que dicho apotegma deviene “presupuesto en todo el discurso jurídico, tanto en la ‘descripción’ (textos y tratados) como en la ‘argumentación’ (alegatos)”. En efecto, “todo acto jurídico (orden, decisión, mandato) supone una norma jurídica que confiere facultades; todo poder o facultad requiere necesariamente de *fundamentación jurídica*”.⁵

³ Por ejemplo, Burgoa Orihuela, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, 18a. ed., México, Porrúa, 2006; Coronado, Mariano, *Elementos de derecho constitucional mexicano*, México, Tipografía de L. Pérez Verdía, Guadalajara, 1887; Lanz Duret, Miguel, *Derecho constitucional mexicano y consideraciones sobre la realidad política de nuestro régimen*, México, Noriega Eds., 1959; Ruiz, Eduardo, *Derecho constitucional*, 2a. ed., México, Tipográfica Aguilar e Hijos, 1902; Tena Ramírez, Felipe, *op. cit.*, (cap. XI); etcétera.

⁴ Tena Ramírez afirma que “la *jurisdicción* consiste en la facultad de dictar leyes y de aplicarlas dentro de determinado territorio. La relación entre aquella facultad y el territorio, o sea el *aspecto territorial de la jurisdicción* consignanla las fracciones I y II del artículo 121, que consagran la *territorialidad de las leyes* en un Estado y el régimen de los muebles e inmuebles, según la ley del lugar donde están ubicados” (énfasis añadido); *cfr.* Tena Ramírez, *op. cit.*, núm. 57, *in fine*. Para Belair, C., se trata de un principio “según el cual ciertas normas que emanan de las autoridades competentes de un Estado se aplican a todas las personas, actos y hechos jurídicos ubicados o celebrados en los límites del territorio de dicho Estado”, *cfr.* “territorialidad de las leyes” (voz), *Diccionario Jurídico Mexicano*, t. VIII, México, UNAM, 1984. Por su parte, Schmill Ordoñez, U., considera que “el espacio en el que se debe realizar la conducta regulada normativamente constituye el ‘territorio’ del orden normativo en cuestión”. Y añade: “El territorio estatal es un espacio tridimensional, no sólo tiene longitud y latitud, sino también tiene profundidad”, *cfr.* “territorio” (voz), en el *Diccionario Jurídico Mexicano*, t. VIII, México, UNAM, 1984. Tena Ramírez en el cap. IX de su obra, también menciona la característica tridimensional del territorio. Véase, además, Miaja de la Muela, A., *Derecho internacional privado*, Madrid, Atlas, 1976.

⁵ Tamayo y Salmorán, R., *Los publicistas medievales y la formación de la tradición política de occidente, Excursus II*, México, UNAM, 2005, p. 214.

En nuestro régimen jurídico, el principio de territorialidad de las leyes halla su fundamento en la fracción primera del artículo 121 constitucional que a la letra dice: “Las leyes de un Estado sólo tendrán efecto en su propio territorio, y, por consiguiente no podrán ser obligatorias fuera de él”. Nuestro máximo tribunal ha confirmado esta opinión al declarar: el principio de territorialidad establece que “las leyes de un Estado sólo pueden obligar a quienes realicen actos jurídicos en su territorio pero no afecta a quienes los efectúen fuera de él”.⁶

Por otro lado, reconozcamos simplemente que la doctrina general confunde lo federal con lo que es el Estado mexicano, con lo que es la nación mexicana. Y confunde lo que es gobierno federal con esa misma idea del Estado mexicano o nación mexicana. Esta confusión representa ya un gravísimo error, que vicia toda la reflexión jurídica y nos conduce a conclusiones absolutamente inadmisibles.

La doctrina general, que nos explica la competencia del gobierno federal sin tomar en cuenta la referencia al principio de la territorialidad, acepta, con todas sus graves consecuencias, la idea de que en un gobierno federal todas las facultades federales o del gobierno federal se extienden concomitantemente a todo el territorio nacional, tal como necesariamente sucede en un Estado unitario. Por esta idea es que desestiman explicar la competencia en función de un territorio dado.

Tomemos la Constitución y leámosla bien de manera inmediata y directa, prescindiendo de lo que dicen los manuales, los libros de derecho constitucional. Empecemos con la lectura del artículo 42, que nos indica lo que comprende el *territorio nacional*.⁷ Dice textualmente:

El territorio nacional comprende:

- I. El de las partes integrantes de la Federación;
- II. El de las islas, incluyendo los arrecifes y callos en los mares adyacentes;
- III. El de las islas de Guadalupe y las de Revillagigedo, situadas en el océano Pacífico;
- IV. La plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas, callos y arrecifes;

⁶ Amparo en revisión 1789/99. Operadora de Centros Comerciales Opción, S.A. de C.V. 11 de agosto del año 2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XII, Segunda Sala, tesis aislada, octubre de 2000, p. 352.

⁷ Sobre el tema a que se refiere el artículo 42 constitucional puede consultarse: Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 33a. ed., México, Porrúa, 2000 (cap. IX); Calzada Padrón, F., *Derecho constitucional*, México, Harla, 1990; Schmill Ordoñez, U., *op. cit.*; Ruiz, E., *op. cit.*

V. Las aguas de los mares en la extensión y términos que fije el derecho internacional, y las marítimas interiores, y

VI. El espacio situado sobre el territorio nacional con la extensión y modalidades que establezca el propio derecho internacional.

Ahora leamos el artículo 43, el cual enumera las *partes integrantes de la Federación*, a saber:⁸

Las partes integrantes de la Federación son los Estados de Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Coahuila, Colima, Chiapas, Chihuahua, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, México, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán, Zacatecas y el Distrito Federal.

Por su parte el artículo 44, aclara y precisa que:⁹

La ciudad de México es el Distrito Federal, sede de los Poderes de la Unión y Capital de los Estados Unidos Mexicanos. Se compondrá del territorio que actualmente tienen y en el caso de que los poderes Federales se trasladen a otro lugar, se erigirá en el Estado del Valle de México con los límites y extensión que le asigne el Gobierno Federal.

El mismo sentido aclaratorio tienen los textos de los artículos 45, 46, 47 y 48, que ya no transcribimos para no hacer farragoso nuestro examen.

Pues bien, por las transcripciones que anteceden se percibe con absoluta claridad, primero que el territorio nacional es algo *diferente* al territorio de la Federación. Resulta manifiesto que el *territorio de la Federación*

⁸ Información sobre este precepto puede hallarse en: Basols Batalla, A., *México: formación de regiones económicas*, México, UNAM, 1979; Herrera y Lazo, M., *Estudios constitucionales*, México, Polis, 1940; Macune, Jr., Charles, *El Estado de México y la Federación mexicana, 1823-1835*, México, Fondo de Cultura Económica, 1978; O'Gorman, E., *Historia de las divisiones territoriales de México*, 5a. ed., México, Porrúa, 1979; González Oropeza, M., "Comentario al artículo 43", en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*, t. II, UNAM, pp. 518-523.

⁹ Acerca del tema de este artículo, pueden consultarse: O'Gorman, E., *op. cit.*; Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, *Diario de las sesiones del Soberano Congreso Constituyentes de 1824*; Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, L Legislatura, *Los Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus Constituciones*, t. V, "El artículo 44 de la Constitución de 1917", 2a. ed., México, Manuel Porrúa, 1978, pp. 548-571; Tena Ramírez, *op. cit.*, cap. IX, núm. 60; *id.*, *Leyes fundamentales de México 1800-2005*, 24a. ed., México, Porrúa, 2005.

solamente comprende o se integra, como lo indica el artículo 43 por los 31 estados y por el territorio del Distrito Federal. En cambio, el *territorio nacional*, que marca los verdaderos límites espaciales del Estado mexicano o de la nación mexicana, además de las partes integrantes de la federación, comprende lo que se dice en las fracciones II, III, IV, V y VI del mismo artículo 42 arriba transcrito.

Realizadas estas sencillas y elementales lecturas acerca del principio territorial, leamos lo que dicen, por un lado los artículos 39, 40, 41 primer párrafo, y el 49, por otro lado.

¿Qué dice el artículo 39?¹⁰ Ya los sabemos. Habla de la soberanía nacional y la enuncia como sigue:

La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se constituye para beneficio de éste. El pueblo tiene, en todo tiempo, el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno.¹¹

Es obvio que la soberanía nacional se extiende a todo el territorio nacional y abarca no solo al territorio de las partes que integran la federación, sino a los restantes espacios enumerados en las fracciones II, III, IV, V y VI del citado artículo 42. Con otras palabras, el concepto de la soberanía nacional resulta ser mucho más amplio que la extensión que pueda darse al poder de la federación y al poder de cada una de sus partes integrantes. Y, además resulta diferente, entre otras cosas, porque dicha soberanía reside en el pueblo y no en la federación.

Tan claro y categórico como lo es el artículo 39, aparece el texto del artículo 40 que expresa:

Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta ley fundamental.¹²

He aquí lo que es en México lo federal: una simple *forma de gobierno*¹³ y no, como dice la doctrina general, una forma de Estado. Nunca, ningún texto

¹⁰ Sobre este asunto se puede consultar: Tena Ramírez, *op. cit.*, capítulo I; Ruiz, E., *op. cit.*, pp. 167 y ss.

¹¹ Artículo original DOF, 5 de febrero de 1917.

¹² Artículo reformado DOF, 30 de noviembre de 2012.

¹³ Así E. Ruiz quien expresa: “Este sistema político es una feliz invención de

histórico fundamental de México ha dicho otra cosa, más que lo que leemos: que lo federal es una simple forma de gobierno. Es decir, lo federal es una forma de organización del poder público en México, tal como lo precisa el artículo 41 y el 49, que citamos para recordarlos y leerlos directamente, sin la perniciosa visión de la doctrina que ha leído en ellos lo que jamás han dicho:

Artículo 41.- El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal.

Artículo 49.- El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar.

Como se puede apreciar, al ser lo federal una simple forma de gobierno, bajo ningún concepto y en ningún caso en México, puede confundirse lo federal con el Estado mexicano o nación mexicana. Por tanto, el gobierno *federal* solo ocupa y constituye uno de los tres niveles de gobierno que establece nuestra Constitución, siendo los otros dos, el nivel de gobierno de los *Estados* o entidades federativas, tal como lo indica el artículo 49, y el nivel del gobierno *municipal*, según lo aclara el artículo 115 en relación con algunos otros artículos que contemplan asignaciones de poder directamente a favor de los municipios, según lo hace, por ejemplo, el artículo 3o. en materia de educación.

Para insistir en marcar bien estas categóricas afirmaciones nuestras, queremos traer a colación algunos textos históricos, antecedentes direc-

profundos hombres de Estado, en el que, por medio de la descentralización administrativa, se consigue el mejor desempeño de las funciones públicas. Pudiéramos decir que el *sistema federalista* no es otra cosa que el principio económico de la división del trabajo, aplicado al gran taller en el que funcionan las máquinas del Estado”, *cf.* p. 173, énfasis añadido.

tos del artículo 40 tal como puede verse en la obra *Los derechos del pueblo mexicano*.¹⁴

Comencemos por el Acta Constitutiva del 31 de enero de 1824, que declaraba en su parte conducente:¹⁵

Art. 1. La nación mexicana se compone de las provincias comprendidas en el territorio del virreinato llamado antes Nueva España, en el que se decía capitanía general de Yucatan, y en el de las comandancias generales de Provincias internas de oriente y occidente.

Art. 2. La nación mexicana es libre é independiente para siempre, de España y de cualquier otra potencia; y no es ni puede ser patrimonio de ninguna familia ni persona.

Art. 3. La soberanía reside radical y esencialmente en la nación, y por lo mismo pertenece exclusivamente á esta el derecho de adoptar y establecer por medio de sus representantes, la forma de gobierno, y demás leyes fundamentales que le parezca mas conveniente para su conservación y mayor prosperidad, modificándolas o variándolas, según crea convenirle mas.

Art. 5. La nación adopta para su *gobierno la forma* de republica representativa popular *federal*.

Art. 6. Sus partes integrantes son estados independientes, libres y soberanos, en lo que exclusivamente toque á su administración y gobierno interior, según se detalla en esta acta y en la constitución general.

La elocuencia de estos enunciados es muy superior a la arbitraria interpretación de algunos de nuestros doctrinarios: ahí están perfectamente diferenciadas las ideas; ahí está el concepto de nación; el del Estado, y las ideas relativas a la forma de gobierno.

Por otro lado, cabe insistir en que lo dicho por el artículo 5o. del Acta es esencialmente lo mismo que dice el artículo 40 del vigente texto constitucional, que ya hemos transcrito: “Art. 40.- Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república representativa, democrática, federal...”.

Por tanto, si lo federal, si la entidad federal es lo que dicen los textos arriba citados, resulta claro que a la entidad federal solo se le usa como una forma para distribuir el poder público del pueblo mexicano, de la

¹⁴ Cfr. 4a. ed., realizada por la LV Legislatura y Miguel Ángel Porrúa, México, 1994, t. VI; visibles también, en Labariega Villanueva, Pedro A. *et al.*, *La precedencia a través del constitucionalismo mexicano*, Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Azcapotzalco, s/a, en www.cshenlinea.azc.uam.mx/04_pub/04_publ.html.

¹⁵ Decreto núm. 385. En el texto se respetó la ortografía de la época. Énfasis añadido.

nación mexicana, que es la única depositaria de la única soberanía que pueda existir: la soberanía popular.

Efectivamente, los problemas particulares de adoptar una u otra forma de gobierno (entre las monarquías y las repúblicas, o entre las formas unitarias, unitarias-regionales, o las federalistas) son incógnitas que, supuestas las circunstancias históricas de cada caso, tienen que ser resueltos no por la nación entera, sino por una legítima representación de ella, llamada Asamblea Constituyente, según lo expresa el artículo 3o. del Acta, ya citado; o el artículo 39 de la vigente Constitución.

Para acentuar la importancia del Acta Constitutiva, bastaría con recordar que fue declarado como texto vigente y como parte de la única Constitución mexicana por el Acta de Reformas de 1847:¹⁶ “III. Que la Acta Constitutiva y Constitución federal, sancionadas en 31 de enero y 4 de octubre de 1824, forman la única Constitución política de la República”.

Por su parte, el artículo 39 de la Constitución de 1857, no decía otra cosa más que lo que ahora dice el vigente artículo 39 de la Constitución de 1917, que el pueblo tiene el inalienable derecho de alterar o modificar su forma de gobierno. En consecuencia, el artículo 40 del texto de 1857 decía que es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República, representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos, etcétera.

Tenemos, pues, una perfecta coherencia de todos y cada uno de los textos fundamentales de nuestro país. En nuestra opinión, repetimos, queda también claro que en México nunca ha habido fundamento jurídico alguno para afirmar, como lo hace nuestra doctrina, que lo federal es una forma de Estado en lugar de una forma de gobierno.

Volviendo al principio de la territorialidad, todavía importa mucho destacar: primero, que la federación es una mera creación jurídica (una ficción), entre cuyos elementos esenciales no están el territorio ni la población, elementos que sí encontramos como esenciales en las entidades federativas y en los municipios. La entidad federal o federación, que nosotros denominamos gobierno federal (que constituye la voluntad de dicha entidad) —es el efecto, es el resultado— de la celebración del pacto de federación de los propios estados o entidades federativas, algunas de las cuales tuvieron una existencia anterior a diciembre de 1823.¹⁷ Y este pacto, desde el punto de vista formal, se instrumentó a través de la apro-

¹⁶ 18 de mayo de 1847. Se respetó la ortografía de la época.

¹⁷ El artículo 7o. del Acta Constitutiva, contenía el nombre de los Estados que hasta ese momento existían y fueron considerados como tales.

bación de la Acta Constitutiva de la Federación Mexicana, ya mencionada, del 31 de enero de 1824.

Ahora bien, no obstante, la federación asume la representación del Estado mexicano frente a terceros países, de manera exclusiva y, como consecuencia de ello, le corresponde asumir otra serie de facultades, que tienen que ver con las relaciones diplomáticas y consulares, y que tienen que ver también con las materias de la integridad y defensa de todo el territorio nacional, ejerciendo por mandato de la propia Constitución las facultades soberanas inherentes a estos campos y que son propias del Estado mismo.

2. Sobre la competencia federal

Teniendo a la vista las indispensables aclaraciones que acabamos de hacer, ahora vamos a examinar el tema de la competencia de la federación, la cual comprende, si queremos ser consecuentes con lo que dicen los artículos 42, 43 y 44, no solo la competencia del gobierno federal, sino también la competencia de cada una de las partes o entidades federativas y el Distrito Federal que integran la Federación.

Para realizar el examen de esta cuestión, podemos hacer uso de varias fórmulas metodológicas: por ejemplo, podemos tomar en cuenta el principio de la territorialidad y con base en el mismo explicar la distribución de la competencia; podemos, por otro lado, partir del artículo 124 y con sus luces proceder a distribuir dicha competencia; también podemos leer muy despacio artículo tras artículo de la Constitución para ir separando, con resultados exitosos, esa misma competencia en los tres niveles de gobierno ya conocidos, el federal, el estatal y el municipal, y, finalmente, podemos, con la información obtenida, tratar de clasificar, mediante el uso de criterios académicos y doctrinales, las diversas facultades de que se trate en cada caso.

A. Competencia territorial

Desde el punto de vista territorial, resulta manifiesto que tenemos una competencia del gobierno federal sobre los que fueron históricamente hablando territorios federales y sobre el Distrito Federal.

La competencia que tuvo el gobierno federal sobre los llamados territorios federales era completa, total, exclusiva y abarcaba todas las cosas, por así decirlo, existentes en dichos territorios. Tanto fue así que ésta

fue la causa que motivó la promulgación de todos los códigos federales, incluido el Código de Comercio, y es ésta la razón por la cual dichos ordenamientos, cada uno en su campo, se preocuparon de regular con todo detalle sus respectivas materias.

Además, debemos añadir que corresponde también al gobierno federal, por mandatos expresos de la Constitución, la competencia total e íntegra sobre los restantes espacios enumerados en las fracciones II, III, IV, V y VI del artículo 42. Esta competencia la ejerce a nombre del Estado o de la nación como es natural, ya que compete al gobierno federal representar a nuestro Estado ante terceros países, sin que se entienda que, por esta encomienda sean una e idéntica cosa.

A su vez y con fundamento en el principio territorial, los Estados o entidades federativas gozan de soberanía propia respecto de su régimen interior y a lo largo y ancho de su territorio. Esta soberanía es exactamente soberanía y no autonomía como indican los autores comúnmente, entre otras razones, porque excluyen categóricamente la injerencia del poder del gobierno federal, lo mismo que la de los poderes de los otros Estados.

Los municipios, por último en este orden de cosas, se deben a su territorio, cuyo elemento forma parte de su esencia. Y, desde luego, el territorio marca los límites de su competencia, algunas de cuyas asignaciones son hechas de manera directa por la Constitución en condiciones de igualdad y semejanza, respecto de la federación, los estados o los municipios, según vemos que lo hace el artículo 3o. en materia de educación o el 27 en materia de uso del suelo territorial y ecología, etcétera.

Evidente es, pues, el juego del principio territorial en el proceso de organización del poder público en México. Con todo, el territorio no agota las posibilidades metodológicas del estudio de la competencia. Veamos ahora las luces que se desprenden del más importante de todos los fundamentos del federalismo mexicano como es el consagrado en el artículo 124, que enseguida examinamos.

B. *Examen del artículo 124*¹⁸

Leámoslo con el mismo cuidado, de manera directa e inmediata, sin atender las deformaciones que la doctrina general le ha hecho. He aquí tex-

¹⁸ Puede consultarse sobre el tema: Herrera y Laso, M., *Estudios constitucionales*, segunda serie, México, 1964; Tena Ramírez, *op. cit.* (cap. VII, núm. 37); Carpizo, J., “Comentario al artículo 124 constitucional”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*, t. II, México, UNAM, 1977, pp. 1301 y ss.; *id.*, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, México, Miguel Ángel Porrúa-Cámara de Diputados, t. XII, 2000, pp. 953 y ss.

tualmente lo que establece: “Artículo 124. Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados”.¹⁹

El primer principio que aquí se enuncia, es consecuencia de lo establecido en los artículos 39 y 40. La voluntad del pueblo mexicano es que existan los poderes federales y que éstos no hagan uso sino de las facultades que *expresamente* esa misma voluntad popular les atribuyó.

Hablamos de voluntad del pueblo y no de la voluntad del poder revisor o reformador. Esto significa una prohibición expresa: dichas facultades no podrán serles ampliadas, o restringidas, a través del poder reformador. La razón es sencilla: porque si se permitiera su ampliación, o restricción, se afectaría al pacto federal, o al régimen interno de los Estados.

Ahora bien, este principio establece una doble prohibición para los funcionarios federales, así como para el poder reformador. A saber: por la primera, no podrán hacer uso sino de las facultades expresas; mientras que, por la segunda, no podrán ejercer facultad alguna sobre todas las demás materias, reservadas para los Estados.

El artículo 124 decreta, pues, el principio de las facultades expresas para los poderes federales, así como el gran principio de que todas las demás materias, por estar reservadas a los estados, se constituyen en el contenido de sus propias soberanías. La Suprema Corte ha establecido un criterio jurisprudencial sobre este asunto.²⁰

¹⁹ Artículo original DOF 05-02-1917.

²⁰ *Cfr.* PROTECCIÓN A LA SALUD DE LOS NO FUMADORES EN EL DISTRITO FEDERAL. LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL TIENE FACULTADES EXPRESAS PARA LEGISLAR SOBRE EL TEMA. El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de jurisprudencia P./J. 49/99, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, correspondiente al mes de agosto de mil novecientos noventa y nueve, Novena Época, página quinientos cuarenta y seis, de rubro: “DISTRITO FEDERAL. AL CONGRESO DE LA UNIÓN LE CORRESPONDE LEGISLAR EN LO RELATIVO A DICHA ENTIDAD, EN TODAS LAS MATERIAS QUE NO ESTÉN EXPRESAMENTE CONFERIDAS A LA ASAMBLEA LEGISLATIVA POR LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, sostuvo que en términos del artículo 122 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el ejercicio de la *función legislativa* está encomendado tanto al Congreso de la Unión como a la Asamblea Legislativa de la propia entidad, conforme al siguiente sistema de distribución de competencias: a) Un régimen expreso y cerrado de facultades para la Asamblea Legislativa, que se enumeran y detallan en el apartado C, base primera, fracción V, además de las que expresamente le otorgue la propia Constitución; b) La reserva a favor del Congreso de la Unión respecto de las materias no conferidas expresamente a la Asamblea Legislativa, como lo señala el propio dispositivo en su apartado A, fracción I; lo que significa que las facultades de la Asamblea son aquellas que la Carta Magna le confiere *expresamente* y, las del Congreso de la Unión, las no conferidas de manera expresa a la asamblea. En congruencia con tal criterio, en el apartado C, base primera, fracción V, inciso i) del artículo 122, se le otorgan facultades

Si explicamos esto mismo con otras palabras, llegaremos a las dos conclusiones fundamentales siguientes: la primera, es la prohibición para los funcionarios públicos de ejercer facultad alguna que no les esté expresamente encomendada, y la segunda, que los Estados, además del natural ejercicio soberano en materia de régimen interior, no tendrán ninguna prohibición para el ejercicio de facultades sobre todas aquellas materias, respecto de las cuales los funcionarios federales tengan facultades expresas. Es decir, que los Estados solo se abstendrán de hacer uso de facultades sobre materias que sean calificadas, además de *expresas*, como reservadas, *exclusivas*, o privativas de los poderes federales.

No cabe duda que el artículo 124 es la *mayor* de todas las salvaguardas del federalismo mexicano. Por su enunciado cobra vida y eficacia la soberanía estatal prevista en el artículo 49. Los estados, en efecto, son soberanos porque el mencionado artículo 124 les impone tanto a los poderes federales cuanto al poder reformador, la prohibición de irrumpir sobre el régimen interno estatal.

Por último, nada más para fortalecer el sentido inequívoco que le estamos dando al artículo 124, recordemos el texto del artículo 21 de la Acta de reformas de 1847, que decía: “Los poderes de la Unión derivan todos

a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, para: “i) Normar... la salud y asistencia social; y la prevención social”, de lo que se advierte en primer término que la facultad legislativa prevista en el referido inciso i) se encuentra dentro del régimen *expreso* y cerrado de facultades de la Asamblea y, también, que ésta no se surte a favor del Congreso de la Unión por estar *expresamente* conferida a la Asamblea en términos del apartado A, fracción I, del precepto constitucional citado. Sin que sea óbice a lo anterior el que el artículo 73, fracción XVI, de la Constitución prevea como facultad del Congreso General la de dictar leyes sobre salubridad general de la República, ya que esta facultad se refiere en términos del artículo 4o. constitucional a la obligación que tiene el Estado de garantizar a toda persona el derecho a la protección de la salud, para lo cual debe establecer el marco normativo general que permita el acceso a los servicios de salud y la *conurrencia* de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad en general, lo que se cumple a través de la Ley General de Salud, reglamentaria del artículo 4o. constitucional, en la que se establecen las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y la *conurrencia* de la Federación y de las entidades federativas. De ahí que, si en la parte conducente del citado artículo 122 de la Carta Magna, se otorgan atribuciones expresas a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para normar la salud en el ámbito local, se concluya que ésta sí tiene facultades para legislar en materia de salud local y, por tanto, respecto de la protección a la salud de los no fumadores. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXII, tesis aislada I.8o.A.66 A, octubre de 2005, p. 2451. El énfasis pertenece al texto. Las cursivas son añadidas. Además, existe otra Jurisprudencia constitucional que va más allá, véase tesis P./J. 40/95: *FACULTADES EXPRESAS DE LA ASAMBLEA DE REPRESENTANTES DEL DISTRITO FEDERAL. NO ES REQUISITO INDISPENSABLE QUE SE ESTABLEZCAN LITERALMENTE EN LA CONSTITUCION*; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, diciembre de 1995, T. II, p. 132, énfasis añadido.

de la Constitución, y se limitan sólo al ejercicio de las facultades expresamente designadas en ella misma, sin que se entiendan permitidas otras por falta de expresa restricción”.²¹

Como se puede apreciar, el artículo 124 no permite afirmar, como lo hacen algunos autores, que las facultades expresas tengan al mismo tiempo el carácter de facultades exclusivas encomendadas al gobierno federal. De su texto se infiere que lo expreso no necesariamente está reservado al gobierno federal.

El texto del artículo 124 ciertamente emplea la voz “reservadas”, pero lo hace a favor de los Estados y no del gobierno federal. Además, hay otro argumento y es el siguiente: que cuando la Constitución quiere que una materia sea exclusiva de los funcionarios federales, o del gobierno federal, lo indica de manera expresa y categórica, o cuando menos la idea de la exclusividad a su favor se desprende bien de la naturaleza misma de la materia, como cuando se habla del Ejército mexicano o de la defensa del territorio nacional, etcétera, o bien de alguna otra expresión que tampoco deje duda de que estamos ante una materia reservada al gobierno federal, según se puede apreciar con la lectura de otros muchos textos constitucionales, como por ejemplo del artículo 10 que habla de la portación de armas y de la prohibición de tener o portar armas reservadas al Ejército, ya que toda esta materia debe ser regulada por una ley federal. Aquí la expresión ley federal aunada a la naturaleza de la materia nos lleva a la conclusión de que efectivamente se trata de una competencia exclusiva del gobierno federal. Ahí están algunas materias del artículo 27 y ahí están las propias del artículo 28 y muchas otras, que más adelante examinaremos.

En suma, todo esto significa que las materias que no vayan acompañadas de la leyenda de materias exclusivas del gobierno federal, serán necesariamente materias de competencia de los Estados dentro de sus respectivos territorios: la razón es obvia, y se desprende del contenido del mencionado artículo 124. A los funcionarios federales se les prohíbe ejercer facultades que no estén expresamente encomendadas por la Constitución, en cambio, los Estados no tienen más prohibición que la de abstenerse de hacer uso de facultades en las áreas reservadas exclusivamente al gobierno federal. Hecha esta salvedad, los Estados pueden y deben tener como propias, como pertenecientes a su régimen interno soberano, la facultad para ocuparse de todas las demás materias no exclusivas del gobierno federal.

²¹ Se respetó la ortografía de la época.

Por ejemplo, la materia de derechos humanos, aún en el área expresa que regulan las leyes del juicio de amparo, pueden ser objeto del ejercicio directo o inmediato por parte de las entidades federativas, creando juicios de amparo de carácter local y sin interferir la aplicación de la legislación federal. En suma, los Estados únicamente son limitados por los enunciados de *facultades exclusivas* del gobierno federal.

C. *Las facultades exclusivas*²²

Conviene recordar que nuestra Constitución también hace asignaciones de facultades exclusivas a favor de los Estados, e inclusive a favor de los municipios.

Esta advertencia hace todavía más ilógica la interpretación que la doctrina hace del artículo 124, calificando lo expreso como lo exclusivo del gobierno federal. Por cierto, la Suprema Corte, en tesis aislada, señala las diversas hipótesis que son competencia exclusiva de la federación.²³

Ahora bien, para descubrir esta clase de facultades exclusivas, es preciso de nuevo volver a leer con mucho cuidado el texto constitucional. Hagámoslo ahora por unos momentos para citar algunas de esas materias reservadas de manera exclusiva, bien a favor del gobierno federal, bien a favor de los estados.

Como ejemplos de facultades *exclusivas* del gobierno federal podemos citar la materia de armas prohibidas, en los términos del artículo 10; la materia de tribunales y sistemas penales, son materias exclusivas del gobierno federal respecto de los delitos federales y del fuero común en el Distrito Federal y, cuando los hubo, en los territorios federales, según los

²² Tena Ramírez, *op. cit.*, n. 37.

²³ *Cfr.* JUEGOS CON APUESTAS Y SORTEOS. LA FEDERACIÓN TIENE FACULTADES EXCLUSIVAS PARA LEGISLAR SOBRE ESA MATERIA. El artículo 124 constitucional establece que las competencias o *facultades* que no tengan el calificativo de federal, son de naturaleza estatal. De ahí que se está en presencia de competencias exclusivas de la Federación en los siguientes supuestos: a) cuando se le atribuye la materia en bloque, sin hacer distinción entre las diversas *facultades* que la Unión puede asumir sobre aquélla; b) cuando se le concede un sector específico de la materia sobre el cual posee competencias *exclusivas* de legislación, reglamentación y gestión; y, c) cuando se le otorga un determinado tipo de potestades sobre una materia. De lo anterior se infiere que si la fracción X del artículo 73 constitucional confiere al Congreso de la Unión la facultad para legislar en toda la República sobre la materia relativa a juegos con apuestas y sorteos, la Federación posee la *competencia exclusiva* para legislar sobre dicha materia. Amparo en revisión 511/2001. Operadora Cantabria, S.A. de C.V. 5 de julio de 2002. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XVII, Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Cuarto Circuito, febrero de 2003, p. 1078: Cursivas añadidas. Lo subrayado pertenece al texto.

artículos 17 y 18 constitucionales; todas las materias del artículo 28 constitucional calificadas como áreas estratégicas son exclusivas del gobierno federal (“No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas...”, artículo 28, párrafo 4),²⁴ acuñación de moneda y emisión de billetes (artículo 28, párrafo 7); juegos con apuestas y sorteos (artículo 73, fracción X); todas las materias del mundo de los hidrocarburos, energía nuclear, etcétera, del artículo 27, son también materias reservadas al gobierno federal, como lo son, en otros campos, por ejemplo, el llevar la representación de México ante terceros países; encargarse de las relaciones consulares; la materia relativa al manejo del Ejército (artículo 89); etcétera.

En todos estos casos, el texto de manera expresa y categórica nos aclara que dichas materias son de la *exclusiva competencia* del gobierno federal, o que, perteneciendo al Estado, serán ejercidas por el referido gobierno.

No está por demás señalar que la *competencia* del gobierno federal de carácter *exclusivo* se ejerce sobre *todo* el territorio nacional.

También existen enunciados exclusivos de los estados. El artículo 50. es un ejemplo de ello. En efecto, el segundo párrafo claramente indica que la ley determinará en cada estado cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deben llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo. Al respecto, existen criterios de nuestro máximo tribunal que confirman la constitucionalidad de las leyes locales relativas a las profesiones.²⁵

²⁴ Párrafo reformado DOF 20-08-1993, 02-03-1995.

²⁵ PROFESIONES. LA LEY RELATIVA DEL ESTADO DE QUERÉTARO DE ARTEAGA NO ES INCONSTITUCIONAL POR EL HECHO DE SER REGLAMENTARIA DEL ARTÍCULO 5º DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Conforme a la fracción XXV del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los Congresos Locales pueden legislar de manera *concurrente* con la Federación en materia *educativa*. En ese sentido, se concluye que la Ley de Profesiones del Estado de Querétaro de Arteaga, al reglamentar directamente el artículo 50. de la Constitución Federal, *no vulnera la Norma Fundamental*, porque: 1) no existe algún precepto constitucional o legal que lo prohíba; 2) el artículo 10. de la mencionada Ley delimita la aplicación de sus disposiciones al *ámbito territorial* de la entidad federativa; 3) el referido artículo 10. no va más allá ni pugna con el citado artículo 50. constitucional, que es el objeto de la reglamentación; y 4) lógica y jurídicamente es innecesario que para ejercer sus facultades, la Legislatura Local tenga que reglamentar un precepto de su propia Constitución.

Amparo directo en revisión 345/2007. Martha Patricia Villa Carvajal. 18 de abril de 2007. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, 1a. Sala, Tesis aislada, T. XXV, Junio de 2007, p. 204; cursivas añadidas; véase otra opinión en el mismo sentido: PROFESIONES, EJERCICIO DE. SU REGLAMENTACIÓN POR PARTE DE LAS LEGISLATURAS DE LOS ESTADOS, NO ES INCONSTITUCIONAL. ABOGADOS (CÓDIGO ADMINISTRATIVO

Como vemos: no se emplea la expresión exclusivamente. Sin embargo, la redacción transcrita basta y sobra para entender que estamos ante una materia exclusiva de cada Estado.

Otro tanto acontece con las materias relativas a la administración de justicia o establecimiento de tribunales, procesos penales y sistemas penitenciarios.

D. *Las facultades concurrentes*²⁶

Para completar nuestro examen, resta el estudio de las llamadas facultades coincidentes, que nosotros con un sector importante de la doctrina preferimos denominar concurrentes. ¿De qué facultades estamos hablando?

Este tema ha sido bien estudiado en la doctrina.²⁷ Sin embargo, no todas sus conclusiones sobre el particular son aceptables, sobre todo a raíz de la ampliación de conceptos,²⁸ en donde los autores, además de las facultades concurrentes hablan de las facultades coincidentes, de las facultades coexistentes, de las facultades de auxilio, etcétera, mezclando el criterio metodológico previamente escogido para su clasificación.

Por otro lado, lo trascendente en todas estas clases de facultades concurrentes, coincidentes, coexistentes y de auxilio, no está en el hecho de tratarse o referirse a una misma materia, como por ejemplo la educativa, salubridad general, culto religioso, o impositiva, mencionadas por los tratadistas en el libro últimamente citado, sino que está en la aclaración, mucho más interesante, de que el ejercicio de esas facultades deberá hacerse sin menoscabo de la recíproca competencia que se le reconoce.

Por ejemplo, en materia de educación: el gobierno federal podrá crear sistemas y planteles educativos, no solo en el Distrito Federal y cuando los tuvo en los territorios federales, sino en todo el territorio nacional. Ahora bien, el ejercicio de esa facultad deberá hacerse sin menoscabo de la facultad de los municipios y de los Estados para hacer lo propio dentro de sus respectivos territorios; de tal manera que en un municipio determinado podrá coexistir una escuela federal, una estatal y una municipal, sin menoscabo para ninguno de los gobiernos que las haya creado.

DEL ESTADO DE CHIHUAHUA). *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Pleno, vol. 67, Primera Parte, p. 68.

²⁶ Tena, *op. cit.*, núm. 38.

²⁷ Puede consultarse a Carpizo, J., *La Constitución de 1917*, México, Porrúa, 1990.

²⁸ Nos referimos a la obra *Derecho constitucional*, cuya autoría es de Carpizo y Madrazo, *op. cit.*, pp. 93 y 94.

Ahora bien, lo que ya sería discutible es el establecimiento de sistemas y planteles privados en un territorio estatal o municipal al amparo de una autorización federal, porque en este caso el gobierno federal no tiene facultad expresa sino para crear planteles y sistemas federales, pues está obligado a respetar el principio de la territorialidad de los municipios y de los estados. Esto es, la única autoridad competente para autorizar una escuela privada en un municipio es la autoridad municipal y no la estatal ni la federal.

Digámoslo con otras palabras, sería absurdo que el municipio de Boca del Río, pretendiera crear un sistema educativo en el Distrito Federal, sujeto a su jurisdicción y excluido de la jurisdicción que las autoridades del Distrito Federal tienen por razón del territorio.

En suma, todas las materias concurrentes, coincidentes, coexistentes, etcétera, están sujetas, por un lado, al principio de la territorialidad, así como a la naturaleza propia de cada materia. Es decir, los municipios no pueden crear escuelas propias sino en su territorio; los estados o entidades federativas no podrán crear escuelas propias sino en su territorio, y la Federación podrá crear escuelas propias en todo el territorio nacional y autorizar a los particulares solo en el Distrito Federal, pues no existe ninguna facultad expresa que autorice al gobierno federal a otorgar permisos para que los particulares mantengan escuelas privadas fuera del Distrito Federal.

Sobre este particular, la reforma a la fracción XXVII del artículo 73 (hoy fracción XXV), publicada en el *Diario Oficial* el 8 de julio de 1921 precisaba que: la Federación tendrá jurisdicción sobre los planteles que ella establezca, sostenga y organice, sin menoscabo de la libertad que tienen los Estados para legislar sobre el mismo ramo educativo.²⁹

Algo parecido sucede en materia ecológica en donde hay áreas de concurrencia de las tres autoridades y áreas de competencia exclusiva. El gobierno federal será competente exclusivamente en todos los aspectos ecológicos de las materias reservadas exclusivamente a dicho gobierno, como los hidrocarburos, o el manejo de la minería, etcétera, a lo largo y ancho del territorio, pero no podrá la Federación regular los aspectos ecológicos relacionados con materias reservadas a los Estados y a los municipios.

²⁹ Fracción reformada DOF 08-07-1921. Recorrida (antes fracción XXVII) por derogación de fracciones XXV y XXVI DOF 20-08-1928. Reformada DOF 13-12-1934, 13-01-1966, 21-09-2000, 30-04-2009, 26-02-2013.

*E. La competencia exclusiva del gobierno federal sobre el Departamento y territorios federales*³⁰

Estamos ahora ante un supuesto especial. La competencia federal en los llamados territorios federales y en el Distrito Federal tiene una connotación diferente, no respecto al ejercicio de las facultades reservadas de manera exclusiva, sino respecto al ejercicio de las facultades ordinarias sobre todas las demás materias.

La federación, mientras los tuvo, actuó en los territorios federales con facultades ilimitadas, comportándose como una autoridad local, o con la soberanía que, comparativamente, ejercen los estados hacia el interior de sus territorios.

Tal vez por esta circunstancia fue que, en su oportunidad, fueron apareciendo los grandes códigos, como el penal y el de procedimientos penales; el civil y el de procedimientos civiles y hasta el Código de Comercio, llamados a regir como leyes en el Distrito Federal y en los territorios federales, y en materias federales en toda la República. Nosotros precisaríamos que, salvo por abuso, se debe entender que rigen en todo el país únicamente en materias reservadas exclusivamente a la federación, así como en materias federales de carácter concurrente, por ejemplo, en materia ecológica federal, en materia de educación federal, etcétera. Y por esta circunstancia los territorios federales tuvieron, como ahora lo tiene el Distrito Federal, los gobiernos que todos sabemos.

F. De la competencia atribuida a la nación y al Estado

Ya hemos visto que el territorio de la federación, según el artículo 42 constitucional, no se identifica con todo el territorio de la nación o del Estado mexicano. También hemos visto cómo la Federación, según el sentido que el propio artículo 42 le está dando, es decir, como *forma de gobierno*, tal como lo precisa el artículo 39 en relación con el 40, primer párrafo, tampoco se identifica con lo que es nación y lo que es Estado. Ahora bien, como ha sido siempre a lo largo de nuestra historia, a la federación, y más en particular al gobierno federal, se le encomiendan algunas de las atribuciones que, por definición, pertenecen al Estado mismo. Tal es el caso de las facultades de representación diplomática y consular, etcétera.

Con todo, no quedan resueltos todos los problemas a través de estas asignaciones. Existen, en efecto, algunas cuestiones muy difíciles de tra-

³⁰ Sobre este aspecto véase Tena Ramírez, *op. cit.*, capítulos XI y XVI.

tar, como por ejemplo lo relativo a la propiedad originaria de la nación del artículo 27 constitucional.

La mayoría de los autores, con excepción del maestro Tena Ramírez, han confundido el principio de la propiedad originaria con alguno o algunos de los atributos de la soberanía del Estado o de la nación sobre su territorio. Han confundido a la federación con la nación y a la federación con el Estado, para concluir, erróneamente, que toda la propiedad nacional es propiedad federal, tal como lo dice la Ley General de Bienes Nacionales³¹ y muchísimas otras leyes reglamentarias del mencionado artículo 27 constitucional.

La *federación* es una simple persona moral, creada por un pacto de unión. No tiene que ver nada ni con la nación ni con el Estado. Lo federal se reduce a una forma de gobierno. Por ello, la propiedad de la nación mexicana es algo que pertenece a todos los mexicanos, que constituimos uno de los elementos esenciales de esa nación (la población). Y, es, desde otro punto de vista, de los municipios, de los Estados, de los pueblos y comunidades que tienen, además de la población, al elemento *territorial* como parte de su *esencia*. No son, ni pueden ser nunca bienes federales.

Distinto al de la propiedad originaria de la nación es el problema de la competencia de la federación, exclusiva o no, sobre materias del régimen de propiedad originaria, así como sobre materias puestas bajo el amparo de la soberanía del Estado. Propiedad y competencia son dos cosas muy diferentes, aunque eso sí, pueden coexistir sobre un mismo bien. Por ejemplo, un propietario de un bien inmueble puede arrendarlo a un tercero, puede hipotecarlo, puede darlo en usufructo, etcétera. Así, los bienes propiedad de la nación pueden estar al amparo de la competencia de la federación, sin que por este hecho se pueda afirmar que pertenecen a la federación, ni mucho menos se puede afirmar que la federación goce de facultades exclusivas sobre el aprovechamiento y la explotación de todos los bienes pertenecientes a la propiedad originaria de la nación.

Por ejemplo, en materia de aguas, no todas las aguas del territorio nacional pertenecen a la federación, ni siquiera son de su exclusiva competencia, según todos sabemos.

Lo mismo ocurriría con otras clases de bienes, pertenecientes a esa propiedad originaria de la nación, como son todos los recursos pesqueros de las aguas interiores y de los mares mexicanos, o como son los recursos silvícolas y boscosos de nuestro suelo patrio. En estos casos puede sostenerse, con mayor razón, que dichos recursos pertenecen y caen bajo la

³¹ Nueva ley publicada el 20 de mayo de 2004 (DOF). Última reforma publicada el 07-06-2013 (DOF).

esfera de la propiedad, y consecuentemente de la competencia, respecto de su explotación y comercialización de los Estados y municipios en cuyos terrenos o cercanías se encuentren dichos bienes o recursos. Repetimos que esta es una cuestión muy difícil, muy compleja, que debe ser estudiada con mayor detenimiento. Nosotros aquí la recordamos nada más para completar los ejemplos, que hemos venido comentando.

III. EXAMEN DEL RÉGIMEN PARTICULAR DE LA MATERIA DE COMERCIO

Después de haber examinado el régimen general, tomando como herramienta auxiliar por un lado, el principio de territorialidad y, por otro lado, las teorías relativas a la clasificación de facultades, veamos ahora cuál es el régimen particular de la materia mercantil o de comercio, aprovechando naturalmente la información sustentada en las páginas que anteceden.

1. *Hacia una determinación de la materia mercantil o de comercio*

La primera interrogante que debemos despejar es, sin duda alguna, la pregunta sobre ¿cuáles son las materias que entendemos entran, o pueden o deben entrar bajo los epígrafes de materias mercantiles o de comercio?

Conviene reflexionar al respecto, sobre todo porque el texto constitucional suele emplear expresiones genéricas, como se hace, por ejemplo, en el artículo 5o. al reconocer la libertad para dedicarse al ejercicio de cualquier profesión, industria o comercio.

Para los propósitos de este trabajo, nosotros aceptamos la idea de que bajo las expresiones materia mercantil o de comercio, materia industrial, deben abarcarse todo tipo de actividades, toda clase de materias que suelen incluirse, tanto en las leyes mercantiles o de comercio, cuanto en los manuales y libros sobre Derecho Mercantil o sobre Derecho del Comercio. Es decir, aceptamos tomar en cuenta nosotros para los propósitos de este trabajo la máxima extensión de los términos con la intención de que, inclusive quede comprendida la misma materia civil.

El que nosotros queramos trabajar con una noción tan amplia de lo mercantil o comercial, absorbiendo lo civil, no se debe sino al hecho de que nos movemos en planos o niveles de gobierno diferentes, cuyas facultades unas veces son exclusivas, otras son concurrentes, coincidentes, coexistentes, además de ser, bajo otro aspecto, genéricas o expresas.

Esto es, el método ideal para separar y precisar cuál es la competencia de las actividades de esos tres niveles de gobierno en un momento dado, no consiste en afirmar dogmáticamente, como acostumbra hacerlo la doctrina, que toda la materia civil es de carácter local, mientras que toda la materia mercantil o de comercio es de carácter federal. No, de ninguna manera, porque nuestra Constitución no da fundamento bastante para sustentar tales afirmaciones.

Nuestra Constitución lo que hace, con buena o mala técnica, es irnos diciendo, por un lado, qué materias son exclusivas del gobierno federal, independientemente del carácter y de la naturaleza (civil, mercantil o de comercio) que puedan tener desde otros puntos de vista.

Por último, al partir de una idea omnicompreensiva de lo que es la materia mercantil o de comercio, solo queremos hacer prevalecer los principios constitucionales por encima de las consideraciones doctrinarias y las clasificaciones hechas sobre los foros académicos, abstractamente como lo exigen las construcciones dogmáticas. Se busca evitar caer en el error de interpretar los textos constitucionales desde la plataforma académica, entre otros casos porque esa plataforma académica de hecho es el resultado de la evolución secular del derecho, de un derecho universal, del que se desprende el propio derecho mercantil, o el derecho civil, o los derechos mercantiles y los derechos civiles existentes en México.

2. Aplicación del principio de la territorialidad a la materia de comercio

Como ya sabemos, según lo expresan los artículos 42, 43, 44, 45 y siguientes, ya examinados, en relación con lo dispuesto en los artículos 39, 40, 41 primer párrafo, 49 y 115, entre otros, que ya hemos examinado también, lo federal no es un sinónimo de Estado mexicano ni de nación mexicana; no es una forma de Estado, como lo afirma inexactamente la doctrina, sino una forma de gobierno, es decir, una fórmula de distribución del poder público en México.

Igualmente, sabemos que la federación, que es una entidad creada por el derecho, tiene una territorialidad y está integrada por los estados y el Distrito Federal, más en particular, ya se aclaró con lo dicho por el artículo 42 que el territorio nacional no es sinónimo de territorio federal.

Por todo ello, a la hora de precisar no solo el alcance de la competencia genérica de esos tres niveles de gobierno, sino también a la hora de precisar cuál es el régimen jurídico constitucional de lo mercantil o lo comercial, es indispensable hacerlo mediante la necesaria implicación del principio de la territorialidad.

A. Competencia del gobierno federal sobre sus territorios federales

He aquí el primer planteamiento, que resulta de aplicar y de conjugar ambos principios, el de la territorialidad con el de la competencia, tal como reza el epígrafe que antecede: ¿cuál es o fue la competencia del gobierno federal en sus antiguos territorios federales?

La respuesta es muy simple: hubo una competencia íntegra y total, de manera que todo el mundo de materias civiles, penales, mercantiles y de comercio caían bajo la competencia del gobierno federal. ¿No es cierto? Mediante el uso de facultades exclusivas, reservadas, concurrentes, o mediante la aplicación de otros preceptos constitucionales, que no es el momento de su examen, el gobierno federal tuvo la más amplia, la más ilimitada de las competencias y sin discusión alguna.

B. Competencia del gobierno federal sobre el Distrito Federal

He aquí una segunda aplicación de esos mismos principios, con la advertencia de que la Constitución siempre ha sido más explícita a la hora de regular lo relativo al Distrito Federal. Con todo, para los efectos de este trabajo resulta manifiesto que todas las leyes y todos los códigos que han estado o están en vigor ahora mismo en el Distrito Federal fueron o son emanación del gobierno federal y, más recientemente de su Asamblea. La consecuencia es la misma; en dicho Distrito Federal (nos referimos a su territorio) la competencia fue íntegra y total a favor del gobierno federal, con las peculiaridades conocidas y motivadas por la instalación de su Asamblea de Representantes.

C. Competencia exclusiva del gobierno federal sobre la territorialidad diferente a la de los estados y el Distrito Federal

El gobierno federal, por razones diversas, es decir, por mandatos concretos y particulares de la Constitución, tiene competencia íntegra y total sobre la territorialidad a la que se refieren, como ya lo vimos, las fracciones II, III, IV, V y VI del artículo 42 constitucional. Es la competencia sobre las islas, sobre el mar territorial, mar patrimonial, etcétera.

D. ¿Cuál es la competencia del gobierno federal sobre el territorio de los Estados?

Ahora sí estamos frente al gran problema. No lo vamos a esquivar. Lo abordaremos de manera frontal. Y el método indispensable a seguir es

el de ir reflexionando sobre el alcance de diversas especies de facultades encomendadas por la Constitución a dicho gobierno federal. Es el método del caso, de ahí que procedamos enumerativamente. Veamos.

a. Competencia exclusiva

He aquí un primer supuesto, muy sencillo de estudiar; el gobierno federal goza de competencia a lo largo y ancho del territorio de los estados, y de todo el territorio nacional por razón del carácter de reserva de competencia exclusiva que la Constitución le reconoce respecto a ciertas y determinadas materias: portación de armas y régimen de las armas prohibidas del artículo 10; manejo y conducción del Ejército; dirección y gestión de la política internacional, materias diplomáticas y de carácter consular; materias de hidrocarburos, etcétera.

El supuesto es claro, es categórico hablando en términos generales. Ahora bien, ya en particular, salta la pregunta inevitable: ¿acaso las materias mercantiles o de comercio caen todas y en su totalidad bajo el régimen de facultades reservadas exclusivamente a favor del gobierno federal?

La respuesta tampoco es difícil. No existe ninguna enunciación que diga que la materia de industria, de comercio o mercantil pertenezca, así genéricamente, al gobierno federal, de manera exclusiva. Esto es muy cierto. Sin embargo, ya sabemos que muchísimas materias mercantiles o de comercio sí tienen el carácter de la exclusividad a favor del gobierno federal.

El lector ya conoce cuáles son estas materias reservadas. Sin embargo, pasamos a citar algunos ejemplos. Son de exclusiva competencia federal: regular todos los actos relacionados con el comercio de los hidrocarburos, de los minerales del subsuelo, de la industria militar, así como del comercio de todo lo relacionado con el uso, manejo, operación, comercialización, etcétera, de los rubros enumerados en el artículo 28 constitucional, tan importantes en el mundo del comercio y de las finanzas, no obstante que algunos de estos rubros como el sistema bancario, hayan sido suprimidos y excluidos del sistema de reserva exclusiva a favor de nuestro gobierno federal, para ponerlos, en consecuencia, al amparo del régimen de facultades concurrentes, e inclusive hasta al amparo del régimen de facultades exclusivas pero a favor de los estados o entidades federativas.

Digamos también a modo de ejemplo que ni la materia sobre corredu-
ría, ni sobre notariado, ni sobre otros muchos aspectos relacionados con la fe pública son materias calificadas en su totalidad como reservadas y exclusivas del gobierno federal.

Por todo ello, podemos llegar a la conclusión indispensable de que no existe ninguna prohibición ni tampoco ninguna limitación para los Estados a fin de que éstos puedan ocuparse, dentro de su régimen interno, de la regulación de las materias mercantiles o de comercio, con exclusión nada más de las áreas reservadas al gobierno federal.

b. Competencia en materias no reservadas exclusivamente al gobierno federal

Ya hemos repetido que cuando la Constitución quiere que una materia tenga el carácter de reserva exclusiva a favor del gobierno federal, lo dice de manera categórica, o lo dice de manera que no se suscite duda alguna sobre el particular. Por tanto, cuando la Constitución habla de las facultades encomendadas al gobierno federal de manera expresa, no necesariamente debemos concluir en que lo expreso significa también la exclusividad, tal como lo ha interpretado la doctrina general, según lo venimos repitiendo una y otra vez. Así es como llegamos a la certeza de que, cuando no lo dice la Constitución, las materias sobre las cuales los funcionarios federales tengan facultades expresas, pueden ser objeto de regulación por parte de los estados. Más aún, debemos entender que los funcionarios federales no podrán, bajo ningún pretexto, ni en ningún caso, extender el ejercicio de estas facultades sobre el territorio de los Estados, con la excepción hecha respecto de las facultades que tengan el carácter de concurrentes.

En efecto, tratándose de facultades concurrentes, o mejor dicho, tratándose de materias respecto de las cuales la Constitución otorga, por igual, competencia a las autoridades de los tres niveles de gobierno, tal como es el caso de la materia educativa, dichas autoridades estarán facultadas para ocuparse de estas materias dentro de sus respectivas territorialidades, reconociendo que, en estos supuestos, la competencia del gobierno federal se extendería a todas las partes del territorio nacional, pero sin inferir ni causar menoscabo alguno a la competencia de las autoridades de los otros dos niveles. Su competencia, se entiende que es la realizada por la propia autoridad de manera directa e inmediata, según lo decía la reforma de 1921 a la fracción XXVII del artículo 73, anteriormente citada.³²

³² Sobre el tema de jurisdicción concurrente (artículo 104, II de la Constitución) la Suprema Corte ha externado que PODERES JUDICIALES DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS (DISTRITO FEDERAL). COMPETENCIA PARA CONOCER DE JUICIOS MERCANTILES DE CUANTÍA INFERIOR A QUINIENTOS MIL PESOS. AUNQUE NO APLIQUEN LAS NORMAS DEL JUICIO ORAL MERCANTIL. Amparo directo 527/2012. De México, Chiles, Condimentos y Granos, S.A. de C.V. 30 de agosto de 2012. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época; T.C.C.; Libro XIV, noviembre de 2012, t. 3, T.A.; p. 1922.

En virtud de lo anterior, y siguiendo con el ejemplo de la educación, es que tenemos tres sistemas educacionales diferentes, el *federal* que abarca a todo el territorio nacional; el de cada uno de los Estados o *estatal*, y cuando lo permitan los recursos económicos, tal vez tendremos sistemas *municipales* en materia educativa.

En suma, y volviendo a las materias mercantiles o de comercio, y más en particular respecto de las materias del notariado y de la correduría, podemos decir que caen dentro del régimen interno soberano de cada uno de los estados, de manera que la competencia del gobierno federal en estas materias solo puede ejercerse sobre el Distrito Federal, y, sobra advertirlo, sobre todo el territorio nacional, pero nada más respecto de las materias exclusivamente reservadas a su competencia.

3. Examen más particular de algunos supuestos

No obstante que estamos aceptando la más amplia extensión de la materia mercantil o de comercio, debemos intentar llevar a cabo una lectura, atenta y detenida de la Constitución a fin de precisar, aunque solo sea citando el mayor número de ejemplos o los más importantes, este principio de la distribución de competencia entre los gobiernos referidos.

A. La educación

La educación, es, pues, en toda su extensión y en toda su profundidad una materia típica de concurrencia por parte de los tres niveles de gobierno. Estamos ante una asignación directa y expresa, de naturaleza soberana hecha por igual a favor de dichos tres niveles de gobierno.

En ningún tiempo, desde 1824 a la fecha, la materia educativa ha sido exclusiva de la federación o gobierno federal, ni siquiera después de la reforma aludida, por la cual se dice que será el Congreso de la Unión el encargado de distribuir esa competencia, ya que esta reforma resulta abusiva y es ejemplo de esa tendencia a la total centralización. El poder revisor no tiene facultad alguna, en el sector educativo, para ampliar o restringir las facultades expresas a los funcionarios federales sin contravenir la garantía decretada en el artículo 124, es decir sin invadir el área reservada a favor de los Estados y los municipios. Todo lo que tiene que ver con la competencia afecta la esencia del poder y todo lo que afecta a la forma de gobierno que el pueblo, y no el poder reformador, establece o puede establecer, se ha de considerar al amparo de los artículos 39 y 40.

Pues bien, el Estado impartirá la educación a través de la federación en toda la República: la federación impartirá la educación de manera exclusiva en los territorios federales y en el Distrito Federal conjuntamente con las autoridades de dicho Distrito.

La federación podrá impartir la educación de manera directa, pero no concesionada, ni mediante autorizaciones, permisos o licencias a los particulares, en los territorios de los estados. Decimos que es de manera directa porque la competencia está consagrada a favor de los funcionarios federales en cuanto titulares de esa competencia, la cual no puede desligarse, ni transferirse a los particulares, mediante licencias, permisos, autorizaciones y concesiones fuera de su propia territorialidad, es decir fuera de los territorios federales, ahora inexistentes, y fuera del Distrito Federal.

En los territorios estatales, la competencia del Estado es total, es soberana, como lo es la competencia de los municipios. Por tanto, toca a éstos dar las licencias, permisos, autorizaciones, etcétera a los particulares para la creación y el establecimiento de planteles educativos. No podrá haber en Jalisco, por ejemplo, colegios incorporados al sistema federal sin invadir su área reservada, es decir, sin crear el absurdo de una parcela de extraterritorialidad. Por tal razón, cuando en el artículo 4o. se dice que la ley protegerá y promoverá el desarrollo de las culturas, usos, costumbres, recursos y formas de organización social de los pueblos, indígenas o no, se entenderá que es la ley federal, en su ámbito así como las leyes locales en su territorio.

En suma, y para los efectos que tengan que ver con lo mercantil o el comercio, la educación estatal y municipal, a excepción de los planteles oficiales, en sentido estricto, de la federación, queda comprendida dentro de la soberanía estatal, que es tal, no solo porque la asignación que hace el artículo 3o. tiene, por lo menos, el mismo alcance que la asignación hecha a favor del gobierno federal, sino también porque dentro de su territorio cada Estado tiene un área de reserva absoluta, impenetrable para la federación, de acuerdo con el artículo 124.

B. La vivienda

El artículo 4o. se ocupa, entre otras muchas materias, de la vivienda y extensivamente de todo el mundo de cosas mercantiles o de comercio que tienen que ver con ella. La vivienda tiene que ver, por otro lado, con la familia. Este artículo no dice, ni podría hacerlo, que todo ese mundo de cosas mercantiles o de comercio sean objeto de competencia exclusiva de la federación. Simplemente indica que “la ley establecerá” los instrumentos

y apoyos necesarios a fin de alcanzar el objetivo de que la familia disfrute del derecho a una vivienda digna. ¿De qué ley se trata?

Indiscutiblemente, la federación podrá promover la vivienda en todo el territorio nacional, pero solo tendrá competencia exclusiva en el Distrito Federal, pues en los territorios de los estados, éstos serán los que expidan esa clase de leyes.

También es cierto que en ese mundo de cosas mercantiles en donde queda comprendida en su máxima extensión la industria de la construcción, pueden encontrarse industrias petroquímicas, por ejemplo, las cuales por razón de la naturaleza de esa materia sí estarán reservadas exclusivamente al gobierno federal, y nada más. Todas las restantes materias, sean de la naturaleza que fueren (mercantil, de comercio o civil) caen al amparo de la ley estatal o área reservada como de soberanía interna por el mismo artículo 124.

En consecuencia, las operaciones sobre ese mundo de cosas que caen en esa área reservada a los estados, como los actos de compraventa, de hipotecas y demás transacciones, incluidos los que se realicen en los bancos comerciales, caerán necesariamente bajo el régimen local.

No hay duda, pues, todos sabemos que el sistema de bancos, o que la materia bancaria fue excluida de entre las materias reservadas exclusivamente a favor del gobierno federal y por ello pasó al campo del ejercicio libre del artículo 5o., regido por el principio de la territorialidad.

Solo en el Distrito Federal, islas, cayos, etcétera, sujetos a la jurisdicción federal, puede el gobierno federal ejercer competencia plena, total e íntegra en este mundo de cosas mercantiles. Esto es, si dicho gobierno lo quisiera así, podría decretar un ejercicio compartido de la fe pública entre notarios y corredores, por así decirlo. En los territorios de los estados, podrá ejercer nada más las facultades exclusivamente reservadas, en sentido estricto, y en los términos en que para cada caso lo diga de manera expresa la Constitución.

Los bienes inmuebles, lo mismo que los muebles, salvo los que tengan el carácter de materias exclusivamente reservadas al gobierno federal, insistimos, se regirán por la ley estatal de manera soberana.

C. El campo de las profesiones, la industria, comercio o trabajo del artículo 5o. constitucional

Grandioso es este artículo 5o. constitucional que consagra uno de los principios más hermosos e importantes, como es el de la libertad que tienen todos los mexicanos, y en su caso los extranjeros para dedicarse a la pro-

fesión, industria, comercio o trabajo que les acomode, siendo lícitos. Y decimos que es grandioso porque por ningún lado se indica que se trate de materia reservada exclusivamente a favor del gobierno federal.

Al contrario, el párrafo segundo y hablando en particular de las profesiones, con una categórica precisión decreta que: “La ley determinará en cada Estado cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo”.

Hermoso texto, pleno de soberanía estatal. En efecto, estamos ante una competencia expresa a favor de los estados o entidades federativas, la cual a mayor abundamiento cae al amparo de lo que está prohibido realizar a la federación en los términos del artículo 124.

Resulta tan categórico el párrafo arriba transcrito que, para ejercer la profesión dentro de los territorios estatales pero en establecimientos federales, tendrán que aplicarse las disposiciones locales. Es decir, ese párrafo privilegia con mucho el principio de la competencia territorial.

Claro está, y lo iremos reiterando una y otra vez, quedan exceptuadas las materias que tengan el carácter de exclusiva competencia de la federación, como sería el caso de aplicación de este artículo en el Distrito Federal, islas, cayos, etcétera, de jurisdicción federal y en cuanto a los servicios públicos obligatorios reservados a dicho gobierno, como es el servicio de armas, contemplado en este mismo artículo 5o., o las funciones electorales, etcétera.

El mismo precepto dice en su párrafo quinto que el Estado, esto es, la Federación, los estados y los municipios, o el Estado en sus tres niveles de gobierno, no podrán permitir que esta grandiosa libertad sufra menoscabo alguno.

En este artículo, por último, se habla del contrato de trabajo, se incorpora al régimen local todo el campo de la materia laboral pese a lo que luego establece el artículo 123.

¿Qué cosas de carácter mercantil o de comercio tiene este artículo? Casi nada, las profesiones, como las del notariado y las de los corredores mercantiles. ¿Acaso no es así? ¿A quién corresponderá regular el ejercicio de éstas y de todas las demás profesiones? Sencillamente a la autoridad local. ¿Quién fijará las materias objeto del ejercicio de cada profesión? Sencillamente la autoridad local.

No hay para donde moverse. Las leyes federales sobre notariado y sobre corredores nada más podrán hacerse valer dentro del territorio del Distrito Federal, y por excepción que es lo que venimos repitiendo, lo podrán hacer en calidad de funcionarios federales en el campo de la competencia expresa que tenga, además, el carácter de exclusividad.

¿Qué otras cosas mercantiles trae este artículo? Casi nada, todo tipo de actos y de actividades relacionadas con el ejercicio de la profesión, relacionadas con el mundo de la industria y del comercio o trabajo, con la única excepción, volvemos a repetirlo, de las áreas de la competencia expresa y exclusivamente reservadas al gobierno federal: Distrito Federal, etcétera, quedando todos los demás actos y actividades o trabajos dentro del régimen soberano de los estados o entidades federativas. ¿Acaso no es así?

¡Qué hermoso artículo! Está pleno de enseñanza, pleno de soberanía local. Por ello es que, aún las posibles vedas o prohibiciones que deberán provenir de la autoridad judicial en unos casos, o de la autoridad gubernamental, en otros, pero siempre se tratará de las autoridades locales, salvo las materias de excepción que venimos repitiendo.

D. El derecho a la información

Siguiendo nuestra lectura del texto constitucional, llegamos al artículo 6o., el cual consagra, como bien sabemos, el derecho a la libre manifestación de ideas y de paso dice que el derecho de información será garantizado por el Estado.

¿Qué encontramos en este enunciado del artículo 6o.? Desde luego, tenemos la consagración de un derecho de la personalidad como es la libre manifestación de ideas, así como el libre acceso a la información que, en nuestra opinión, es lo que se quiso consagrar cuando se le anexó la última frase.

La materia de los derechos humanos, por su propia naturaleza, se ubica dentro de la competencia interna de cada uno de los estados. Ahora bien, cuando el artículo 73 constitucional, fracción XXX, establece que el Congreso de la Unión tiene facultad para legislar sobre asuntos que la propia Constitución ha encomendado a los poderes federales, está autorizando a que dicho Congreso pueda expedir leyes en desarrollo de los artículos 103-107 de la carta magna, en los que, entre otras disciplinas, está la materia de los juicios de amparo, cuyo objeto no es otro sino el de impartir la protección federal en supuestos en los que los derechos humanos sean violados en perjuicio de los particulares.

Ahora bien, el artículo contiene algunas prohibiciones para las autoridades de los tres niveles de gobierno, por igual; así como el deber del Estado, es decir, de la federación, estados y municipios, por igual, de proteger el derecho del libre acceso a la información.

Estas prohibiciones y este deber, desde varios puntos de vista, representan asignaciones de competencia a favor de los tres niveles de gobierno, negativamente para reaccionar frente a los ataques que, con motivo del ejercicio de tales derechos, se produzcan contra la moral, los derechos de terceros, provoque algún delito, perturbe el orden público o menoscabe el derecho a la información.

Como se aprecia, nos seguimos moviendo en el plano de la competencia a favor de los tres niveles, por igual, es decir, cada nivel apegándose al principio de la territorialidad, salvo cuando se involucren materias de la expresa y exclusiva competencia federal, como sucedería si nos movemos en el territorio del Distrito Federal y demás territorios de jurisdicción federal (islas, cayos, sujetos a esta jurisdicción) y si estamos frente a los medios que tengan que ver con la información y la manifestación de ideas transmitidas por radiotelegrafía, telégrafo, que son áreas estratégicas reservadas al Estado por el artículo 28, en cuyo contexto se puede suponer que la voz Estado, en estas áreas, nada más se refiere a la federación, como única competente.

¿Qué cosas mercantiles o de comercio tenemos detrás del enunciado de este artículo sexto? Bueno, pues, ya lo hemos apuntado. Está todo el mundo de cosas relacionadas con los actos, con las actividades, medios e instrumentos industriales o tecnológicos, utilizados en la libre manifestación de ideas y el derecho a la información que se regirán por el principio de la competencia territorial.

E. El derecho a la libertad de imprenta

Según sabemos, el artículo 7o. consagra el derecho a la libertad de imprenta, involucrando a las materias relacionadas, de una o de otra manera con ella y, en su caso, dando pie para asignaciones competenciales a favor de los tres niveles de gobierno.

Por ningún lado aparece el dicho de que estas materias tengan que caer en las áreas de competencia expresa y exclusiva del gobierno federal. Tradicionalmente desde 1824 el Congreso de la Unión recibió el encargo del Constituyente de asumir el papel de proteger la libertad de imprenta de manera especial, todo ello sin menoscabo de la natural competencia que corresponda a los Estados por virtud del principio de la territorialidad y debido a que tal materia no figura como de exclusiva competencia federal, como lo estamos viendo.

F. *La materia de armas*

He aquí un ejemplo de una materia federal. Tenemos la impresión que toca al gobierno federal regular esta materia. No vemos que el artículo 10 contenga la expresión de que se trata de una competencia, además de expresa, exclusiva a favor de dicha autoridad. Tampoco hace falta, pues emplea otras expresiones que, junto a la naturaleza de las armas, nos conducen a la conclusión apuntada. En dos ocasiones se emplea la expresión “la ley federal”, y todo ello se relaciona con el principio de la prohibición de hacer uso de armas reservadas al Ejército, la Armada, la Fuerza Aérea y la Guardia Nacional. Se comprueba incluso que no se menciona a los policías de ninguna especie, lo cual significaría que, en sentido riguroso, tampoco podrían ser dotados de armas reservadas al Ejército.

En consecuencia, los actos y las actividades, industria y comercio en esta área de las armas, del armamento, serán de competencia exclusiva federal.

G. *Materia de salud y salubridad*

Tenemos varias disposiciones constitucionales sobre el derecho a la salud y a la salubridad general, como es el artículo 4o. párrafo cuarto; el artículo 11 y el artículo 73, fracción XVI. Desde luego que, por otro lado, estas materias se relacionan con las del artículo 5o.

¿Cuál es su régimen jurídico? En los territorios de jurisdicción federal, incluido el Distrito Federal, la competencia corresponde al gobierno federal conjuntamente con la autoridad capitalina en el caso del Distrito Federal.

En los territorios estatales, la competencia corresponde a las entidades federativas, salvo el régimen del Consejo de Salubridad General y la salubridad general relacionada con epidemias de carácter grave o con el peligro de invasión de enfermedades exóticas que, por disposición del artículo 73, fracción XVI, y debido a su naturaleza, quedan al amparo de la competencia exclusiva federal. Es todo lo que alcanza la excepción.

¿Qué cosas mercantiles o de comercio tenemos en materia de salud? Todos las conocemos, desde el ejercicio mismo de la profesión que es lucrativa, hasta el establecimiento de hospitales, clínicas, etcétera, lo mismo que de laboratorios y de todas las demás industrias relacionadas, en su extensión máxima, con la salud. ¿Y cuál es su régimen?

Conforme a la Constitución y haciendo a un lado abusos que ha cometido el legislador federal con fundamento en esa errónea interpretación

de la doctrina de que todas las facultades expresas tienen al mismo tiempo el carácter de reservadas exclusivamente a favor de los funcionarios federales, nosotros concluimos en que todo ese mundo queda al amparo de la competencia de cada Estado, con la excepción, que evidentemente se da, de los laboratorios, industria y comercio en general, de materiales radioactivos o vinculados con las formas y usos de la energía nuclear que caen en el ámbito de lo federal.

H. Régimen de la propiedad originaria de la nación

Ciertamente, el artículo 27 de la Constitución contiene el enunciado de la propiedad originaria de la nación, que ha desconcertado a los autores de derecho constitucional. Nosotros mismos hemos dedicado varios artículos al estudio de este tema. Bien, recordemos ahora sus puntos principales ante la imposibilidad de examinar toda la materia, la más importante de todas las materias que regula la Constitución, como es esta propiedad originaria.

Ante todo, recordemos que la federación no se identifica como si fuera una e idéntica cosa con la nación. Esto para nosotros está claro. Por ello, queda claro que la propiedad de la nación no puede entenderse, bajo ningún punto de vista, como propiedad de la federación, tal como abusivamente lo pretenden varias leyes federales que hablan de los bienes nacionales como si se tratara de los bienes federales o de la federación.

Por ejemplo, un vehículo perteneciente al gobierno federal, será un bien federal o de la federación, pero no será, bajo esa misma atribución de pertenencia o propiedad, un bien nacional. Para entender mejor esta cuestión, añadamos que hacer uso o disponer sin el permiso debido de ese vehículo propiedad del gobierno federal, podría ser constitutivo hasta de un delito; en cambio, el ir a un río o al mar, capturar peces y disponer de ellos para venderlos o para consumirlos, sabedores de que forman parte de la propiedad originaria de la nación, no solo no será constitutivo de un delito, sino estaremos ante el amparo de un derecho, sujeto a las normas administrativas que respecto a vedas, tallas, etcétera, haya podido decretar el gobierno federal.

En otras palabras, la federación no es la propietaria sobre todos los bienes que están amparados por la extensión de la propiedad originaria de la nación, aunque en muchos casos sí es la autoridad competente y, en algunos casos particulares, aparece como la única y exclusivamente competente.

a. Régimen de la propiedad privada

Dentro de la propiedad originaria y derivándose de ella, tenemos la pequeña propiedad inmobiliaria, sea del carácter que sea, rural o urbana. Como su nombre lo expresa, se trata de un bien privado, sujeto categóricamente al régimen legal que dicte cada autoridad de esos tres niveles de gobierno, según el principio de la territorialidad, respetando las prerrogativas inherentes a este derecho.

Esta clase de propiedad está sujeta a importantes limitaciones que la nación puede imponerle por motivos de interés público, como reza el párrafo tercero del mismo artículo 27. Mucha atención, porque dicho párrafo habla de la nación y no de la federación, lo cual indica que se trata de una atribución asignada por igual a los tres niveles de gobierno, según el principio de la territorialidad y de ninguna manera se trata de una competencia expresa y exclusiva de la federación.

Además debemos recordar que el régimen de la propiedad privada, por regla general, de los bienes inmuebles incluida la propiedad privada rural, se regula con independencia de sus titulares, conforme al principio de la territorialidad para todos los efectos, incluidos los de carácter tributario. Por supuesto que existen excepciones, tal como es el caso de la propiedad de los extranjeros en zonas prohibidas, o tal como sucede con los templos, etcétera.

b. La propiedad pública

Derivándose y fundamentándose en el principio de la propiedad originaria, tenemos la propiedad pública, que es aquella que puede pertenecer a la federación, al Distrito Federal, así como a los estados y a los municipios.

A su vez, la propiedad pública podría clasificarse en propiedad de uso privativo, hecho por sus respectivos titulares, y propiedad de uso público. Un vehículo propiedad del municipio es una propiedad pública de uso privativo del municipio; una plaza municipal, un bosque municipal, estatal o federal tendrá el carácter de bien de uso público, sujeto a normas administrativas para dicho uso o para el aprovechamiento de sus recursos en caso de que este bien público los produzca, tales como las normas de licencias, permisos, autorizaciones, concesiones, etcétera.

El régimen jurídico de la propiedad pública se regirá, asimismo, por el principio de la territorialidad, para todos los efectos, incluidos los efectos jurídico-penales. No deberá haber en los estados, por ejemplo, sino un

solo tipo penal, de carácter local, para proteger los bienes de propiedad pública. Cualquiera que fuera su titular: la federación, los estados o el municipio. El extremo de considerar delito federal los daños sobre propiedades federales radicadas en los estados es un abuso inaceptable, porque no existe ninguna facultad expresa ni mucho menos de carácter exclusivo a su favor para extender la materia penal federal a esos extremos.

c. La propiedad social

Igualmente sabemos de la existencia de la propiedad social, la cual puede aprovecharse de manera individual o de manera colectiva, incluidas las modalidades comunales. También sabemos los alcances de las reformas últimas en materia agraria a fin de autorizar los procesos de reprivatización.

d. Los recursos del agua y del subsuelo

Están contemplados como recursos de la nación, al decir que esta propiedad comprende las tierras, incluidos los recursos del subsuelo, y las aguas, incluida su riqueza acuícola como el recurso pesquero, en toda la extensión de sus aguas interiores y de sus mares, abarcando la zona económica exclusiva.

Tampoco aquí existe ninguna enunciación que diga que esa riqueza, la más extensa, la más grande y virtualmente inagotable de todas las riquezas de México, pertenezca de manera exclusiva a favor del gobierno federal. El artículo 27 repite muchas veces la palabra nación, y en algunos otros casos, la palabra Estado. Ciertamente que este artículo le asigna competencia directa y exclusiva al gobierno federal, pero esto ocurre en ciertos y precisos supuestos; no se puede concluir, como hace la doctrina y la práctica común, en que todo este mundo pertenece a la federación. No son propiedad de la federación, aunque sí goza de competencia exclusiva para regular el aprovechamiento de los recursos enunciados en el párrafo cuarto y en el quinto, fundamentalmente.

Más aún, el ejercicio de esa competencia exclusiva del gobierno federal deberá hacerse para conseguir los fines establecidos en el párrafo tercero (distribución equitativa de esta riqueza, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana).

e. La competencia en las materias enumeradas
en el párrafo tercero

Como ya hemos recordado, cuando se habla de nación, no necesariamente debemos pensar que se hace como si fuera una e idéntica cosa que la federación. Esto resulta particularmente importante a la hora de examinar el contenido del artículo 27 constitucional; sin duda el artículo más importante de todos desde el punto de vista de la propiedad.

Aunque es largo, vamos a transcribir íntegro este párrafo tercero que dice:

La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana. En consecuencia, se dictarán las medidas necesarias para ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques, a efecto de ejecutar obras públicas y de planear y regular la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población; para preservar y restaurar el equilibrio ecológico; para el fraccionamiento de los latifundios; para disponer, en los términos de la ley reglamentaria, la organización y explotación colectiva de los ejidos y comunidades; para el desarrollo de la pequeña propiedad rural; para el fomento de la agricultura, de la ganadería, de la silvicultura y de las demás actividades económicas en el medio rural, y para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad.

Según podemos apreciar, la competencia de la nación comprende materias y áreas de la máxima importancia, como son todas y cada una de las enumeradas en la transcripción que antecede. El párrafo comienza empleando el término nación: ¿qué debemos entender por ésta?

Una primera respuesta es la que nos dan los autores de derecho constitucional, hablando en general, quienes opinan que por nación debe entenderse federación, porque suponen que lo federal en México es una forma de Estado en lugar de una forma de gobierno.

Nosotros, en cambio, rechazamos la anterior conclusión de la doctrina general, por los argumentos que ya conoce el lector y por otras dos razones que ahora circunstancialmente nos sirven para argumentar.

La primera de estas razones, ya la hemos repetido varias veces, pero ahora vuelve a tener una aplicación impecable. En efecto, nos referimos al principio de territorialidad, en donde se aplican y se sustentan todos los rubros de que habla este apartado tercero del artículo 27 constitucional.

El principio de territorialidad se define en el artículo 42 de la Constitución, cuando nos dice cuál es la comprensión del territorio nacional, el cual abarca: el territorio de las partes integrantes de la federación, es decir, los estados, y el Distrito Federal, tal como lo aclara el artículo 43; el de las islas, etcétera. ¿No se ha fijado el lector cómo por federación debemos entender a las partes integrantes territorialmente hablando y que lo federal, desde otro punto de vista, es tan solo una forma de gobierno?

Cuando en este párrafo se dice que la nación tiene el derecho, debemos entender —en estricto derecho— que el derecho en cuestión se ejercerá por medio de los tres niveles de gobierno, en sus respectivas jurisdicciones territoriales, y que por lo mismo no se deberá entender que el gobierno federal es el exclusivamente competente sobre todos los rubros en materias enumeradas en este párrafo tercero.

Así es, en efecto, pues, a mayoría de razón debemos recordar que en el párrafo sexto se dice de manera limitativa que la competencia del gobierno federal tiene el carácter de exclusividad, pero respecto de los recursos o materias enumerados en los dos párrafos anteriores y que se correspondan con el cuarto y quinto, excluyéndose lo que se dice en el primero, segundo y tercero.

El párrafo sexto, dice también que el dominio de la nación en las materias enumeradas en los dos párrafos anteriores es inalienable e imprescriptible, y más adelante añade que la explotación, uso y aprovechamiento de “los recursos de que se trata”, es decir, nada más de los enumerados en el párrafo cuarto y quinto, no podrían realizarse sino mediante concesiones otorgadas por el Ejecutivo federal.

En definitiva, la competencia en materia de fomento a la agricultura, ganadería, silvicultura y diversas actividades económicas del medio rural, así como en materia de uso de suelos, reservas, asentamientos humanos, preservación del equilibrio ecológico, etcétera, corresponde a cada uno de los tres niveles de gobierno, quienes a nombre de la nación “dictarán las medidas necesarias”, dentro de sus respectivas jurisdicciones territoriales.

f. Conclusión: ¿dónde quedó la materia mercantil?

Desde el inicio de este epígrafe, advertimos que no era posible pasar a examen todo el amplio y complejo contenido del artículo 27 constitucio-

nal. Hemos resaltado algunos puntos, nada más, a fin de comprobar, una vez más, que la competencia del Estado sobre su territorio es completa y soberana, con la única salvedad de las áreas que están reservadas exclusivamente al gobierno federal.

Ahora bien, ¿dónde están las materias mercantiles o de comercio del artículo 27? Bueno, pues, todo el artículo, al tener un contenido esencialmente económico, está pleno de materia mercantil o de comercio, en el sentido amplísimo con que estamos usando estos términos. ¿De quién es la competencia? En muchos casos es exclusiva de la federación, sobre todo, respecto a los rubros contemplados por los párrafos cuarto y quinto. En otros muchos casos, como los enumerados en los párrafos primero, segundo y tercero, tan interesantes, la competencia sigue el principio de la jurisdicción territorial de cada uno de los tres niveles de gobierno. Por tanto, tampoco en estas actividades y actos relacionados con dichos rubros cabe extender la competencia de los corredores federales.

La competencia exclusiva del gobierno federal recae sobre los recursos, muy importantes desde el punto de vista económico y mercantil, enumerados principalmente en los párrafos cuarto y quinto que citamos textualmente:

Corresponde a la nación el dominio directo de todos los recursos naturales de la plataforma continental y de los zócalos submarinos de las islas; de todos los minerales o sustancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos, constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, tales como los minerales de los que se extraigan metales y metaloides utilizados en la industria; los yacimientos de piedras preciosas, de sal de gema y las salinas formadas directamente por las aguas marinas; los productos derivados de la descomposición de las rocas cuando su explotación necesite trabajos subterráneos; los yacimientos minerales u orgánicos de materias susceptibles de ser utilizadas como fertilizantes; los combustibles minerales sólidos; el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquido y gaseosos; y el espacio situado sobre el territorio nacional, en la extensión y términos que fije el Derecho Internacional.

Son propiedad de la nación las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije el Derecho Internacional; las aguas marinas interiores; las de las lagunas y esteros que se comuniquen permanentemente o intermitentemente con el mar; las de los lagos interiores de formación natural que estén ligados directamente a corrientes constantes; las de los ríos y sus afluentes directos o indirectos, desde el punto del cauce en que se inicien las primeras aguas permanentes, intermitentes o torrenciales, hasta su des-

embocadura en el mar, lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional; las de las corrientes constantes o intermitentes y sus afluentes directos o indirectos, cuando el cauce de aquéllas en toda su extensión o en parte de ellas, sirva de límite al territorio nacional o a dos entidades federativas, o cuando pase de una entidad federativa a otra o cruce la línea divisoria de la República; las de los lagos, lagunas o esteros cuyos vasos, zonas o riberas, estén cruzados por líneas divisorias de dos o más entidades o entre la República y un país vecino; o cuando el límite de las riberas sirva de lindero entre dos entidades federativas o a la República con un país vecino; las de los manantiales que broten en las playas, zonas marítimas, cauces, vasos o riveras de los lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional, y las que se extraigan de las minas; y los cauces, lechos o riveras de los lagos y corrientes interiores en la extensión que fije la ley. Las aguas del subsuelo pueden ser libremente alumbradas mediante obras artificiales y aprovecharse por el dueño del terreno, pero cuando lo exige el interés público o se afecten otros aprovechamientos; el Ejecutivo Federal podrá reglamentar su extracción y utilización, y aún establecer zonas vedadas, al igual que las demás aguas de propiedad nacional. Cualesquiera otras aguas no incluidas en la numeración anterior, se considerarán como parte integrante de la propiedad de los terrenos por los que corran o en los que se encuentren sus depósitos, pero si se localizaren en dos o más predios, el aprovechamiento de estas aguas se considerará de utilidad pública, y quedará sujeto a las disposiciones que dicten los Estados.

Es en el párrafo sexto en donde se aclara que la explotación de estos recursos no podrá realizarse “sino mediante concesiones otorgadas por el Ejecutivo federal”.

Por su naturaleza, aunque ya no se dice de manera expresa que su explotación deba hacerse por el gobierno federal, pues vuelve a usar el término nación, creemos nosotros que también le corresponden en exclusiva el petróleo y sus derivados, los minerales radioactivos; los combustibles nucleares; los recursos de la zona económica exclusiva, pero no estamos muy convencidos de incluir en esta lista la generación, conducción, transformación, distribución y abastecimiento de energía eléctrica, que también corresponde a la nación.

No creemos que se trate de una materia exclusiva del gobierno federal más que nada porque se trata de un servicio público a las poblaciones, a las industrias, etcétera y por ello tan propio de los municipios y los Estados como pueda serlo para el gobierno federal, pese a que esta materia dijera como estratégica en el artículo 28. Esto significaría simplemente que alguna de estas materias estratégicas también puedan ser objeto de

competencia por la administración pública local y municipal, ampliando nada más el concepto que el artículo 26 trae de administración pública.

I. Régimen de la materia del artículo 28

He aquí otro artículo difícil y complejo, tan importante como el 27. Este precepto debe complementarse con lo dispuesto en los artículos 25 y 26, en los cuales se recoge el principio de la rectoría del Estado sobre la economía nacional, el cual adquiere un gran auge en la década de los años ochenta, pero que mengua mucho en la década de los años noventa, debido al imperio de las doctrinas neoliberales.

a. Régimen de las áreas estratégicas

Precisamente, para apuntalar la rectoría del Estado en la economía, el artículo 25 previene que el sector público se ocupará, de manera exclusiva, de las áreas estratégicas enumeradas en el artículo 28. Originalmente, no se precisaba la idea de que eran áreas exclusivas del gobierno federal, pero por su naturaleza, así se entendió. Estas áreas eran: acuñación de moneda y emisión de billetes; correos; telégrafos y radiotelegrafía. Después, según la reforma hecha en 1983, las áreas estratégicas eran las siguientes:

Acuñación de moneda; correos, telégrafos, radiotelegrafía y la comunicación vía satélite; emisión de billetes por un solo banco, organismo descentralizado del gobierno federal; petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica; minerales radiactivos y generación de energía nuclear; electricidad; ferrocarriles y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión.

A esta lista se sumaba el servicio público de Banca y Crédito y que serían otorgados por el Estado de manera exclusiva. Después, por reforma del 27 de junio de 1990 se derogó el párrafo quinto de este artículo que hablaba del servicio público de Banca y Crédito, quedando enteramente en el aire esta área, pues al dejar de ser un servicio público prestado exclusivamente por el Estado, no queda más remedio que llevarlo e incluirlo entre las materias de libre actividad de que habla el artículo 50., y por esta exclusión, concluir que se trata de una materia de carácter local completamente. En efecto, aunque el artículo 73 le otorgue al Congreso Federal facultad para legislar sobre la materia bancaria y la de crédito, al suprimírsele el carácter de facultad exclusiva, se entiende que esa legislación federal solo puede aplicarse en los territorios de jurisdicción federal.

Por otro lado, y como efecto de otra reforma más reciente del 20 de agosto de 1993, se quitó la materia relativa a la acuñación de moneda y emisión de billetes para crear un Banco Central, que será autónomo, perteneciente al Estado y separado por completo del gobierno federal. Una especie de cuarto poder.

Últimamente, de entre las áreas estratégicas se separaron las relativas a la comunicación vía satélite y las de ferrocarriles, las cuales ahora, según el texto vigente reciben el calificativo de prioritarias, perdiendo no solo el carácter de áreas exclusivas.³³

b. El régimen del Banco de México

Como decíamos, por la reforma del 20 de agosto de 1993, se procedió a la creación del Banco de México, sin nombrarlo en la misma reforma, como un organismo autónomo en el ejercicio de sus funciones. Se trata de un órgano del Estado, tan autónomo que ninguna autoridad podrá ordenar al Banco conceder financiamiento. Se le configura, como ya lo indicamos, en términos de un cuarto poder, que no puede adscribirse ni al Ejecutivo Federal, ni mucho menos al Poder Legislativo y Judicial, contraviniendo así lo dispuesto por el artículo 92 en relación con el párrafo segundo del 49.

c. El régimen de las cooperativas de productores y de las asociaciones de trabajadores

El texto original de 1917 nada más se refería a las cooperativas de productores. Más tarde, por reforma de 1982 se incorporaron las asociaciones de trabajadores.

Pues bien, ambas entidades podrán realizar, como es natural, actividades de producción y de comercialización, e inclusive con los mercados extranjeros de manera directa, acogiéndose bien a la vigilancia del gobierno federal, bien bajo la vigilancia del gobierno de los estados, previa autorización de las legislaturas respectivas. Solo se prohibía exportar productos de primera necesidad.

Salvo error nuestro, creemos que es la única área en la que los estados tienen competencia para regular el comercio directo con el exterior.

J. Examen del artículo 73

Como nuestra intención a lo largo de esta extensa enumeración nada más ha sido la de aumentar nuestros conocimientos sobre el régimen de las

³³ Párrafo cuarto, reformado DOF 20-08-1993, 02-03-1995.

materias mercantiles o de comercio por medio de ejemplos, nos pasamos hasta el artículo 73.

Desde el punto de vista de las dudas y las controversias, este artículo es la clave para disiparlas o para acrecentarlas según el alcance que nosotros le demos al carácter de *expresas* que tienen estas facultades del Congreso.

Como lo hemos repetido, las dudas y las controversias se acrecentarán desde el momento en que nosotros confundamos, como lo hace la doctrina general, lo *expreso* con lo *exclusivo*.

En efecto, algunos autores han afirmado que:³⁴ “Existe una clara y diáfana discusión de competencia entre la Federación y las entidades federativas; todo aquello que no esté expresamente atribuido a la Federación es competencia de las entidades federativas”.

Con estas aseveraciones tan categóricas y de tan grueso calibre, no tendríamos más remedio que concluir que todas las fracciones del artículo 73, por tratarse de facultades expresas, pertenecen exclusivamente a la federación. Si así fueran las cosas, ya no haría falta el que uno se molestara en estudiarlas.

No nos dejemos envolver por esta clase de planteamientos tan categóricos como muy simplificados. Una lectura, así sea superficial del texto constitucional nos asegura que la distribución de competencias entre gobierno federal y los estados, ni es clara ni tampoco diáfana; ni mucho menos puede esclarecerse la cuestión mediante esta errónea interpretación del artículo 124 y el carácter expreso que deben tener las facultades encomendadas a los funcionarios federales.

El texto constitucional mexicano, debido al poco cuidado con que se han realizado sus diversas reformas; debido, también, al sentido contradictorio de muchas de estas reformas; pero debido sobre todo al elevado número de esas reformas, que sobrepasan la cifra de las quinientas cincuenta, sin el menor temor a equivocarnos o a ser exagerados, podemos afirmar que se trata del texto peor elaborado, peor compaginado y el más remendado y confuso de entre todas las Constituciones de América Latina y, desde luego, de entre las del continente europeo. Y por si esto fuera poco grave, la materia particular de la división de competencia entre el gobierno federal y los estados, creemos que es la materia más confusa y más difícil de todas.

¿Cómo afirmar que es diáfana y clara, cuando el texto constitucional hace muchísimas veces asignaciones a través de los términos de Estado y

³⁴ Carpizo, J., “Sistema federal mexicano”, *Gaceta Mexicana de Administración Pública Estatal y Municipal*, núm. 3, julio-septiembre de 1981, p. 87; Carpizo y Madrazo, en su *Derecho constitucional*, *cit.*, pp. 92 y 93.

de nación? ¿Acaso podemos seguir hablando de federación como si fuera una misma e idéntica cosa que Estado o nación? ¿Acaso podemos seguir diciendo que lo federal es una forma de Estado, en vez de respetar lo que siempre, desde 1824, dicen los preceptos constitucionales, esto es, que es una forma de gobierno?

Por otro lado, ¿cómo poder sostener el dicho ese de que todas las facultades expresas son, por ese solo hecho, exclusivas de la federación, cuando nosotros advertimos que cuando la Constitución quiere hacerle una asignación de competencia exclusiva, nos lo indica de manera contundente, usando la palabra adecuada? Adicionalmente, el artículo 73 presenta otro problema muy grave, y es el dato de haber recibido cerca de cuarenta reformas a través de las cuales el poder revisor amplió tanto las facultades del Congreso que de ser órgano legislativo de un Estado federal, lo transformó en el órgano legislativo de un Estado unitario, más centralizado a como lo están ahora mismo países unitarios como España, Italia o Francia.³⁵

Muchas de estas reformas, en consecuencia, tienen esa dudosa legitimidad, ya que el poder revisor no tiene facultad alguna para afectar la forma de gobierno, cuya competencia se reserva al pueblo por virtud del artículo 39 constitucional. Esto es, no tiene facultad alguna para modificar la distribución del poder público, originalmente hecha por el Constituyente de 1917.

Bueno, volvamos a nuestro análisis del artículo 73 y digamos de entrada que por ningún lado se dice que tales facultades sean exclusivas del Congreso de la Unión. Por ello, el carácter de exclusividad que tengan, y desde luego que sí lo tienen muchas de ellas, nosotros lo reconoceremos bien por la naturaleza de las materias mismas de que se trate, o bien por otras varias expresiones que así lo indiquen con claridad.

a. Aplicación de las leyes federales en el Distrito Federal

No cabe duda que el Congreso de la Unión tiene competencia exclusiva “para legislar en todo lo relativo al Distrito Federal y territorios”, como decía la fracción VI en su versión aprobada en 1917.

Más aún, se debe entender, ahora mismo que todas las leyes emanadas del Congreso de la Unión tienen una indiscutible e inmediata aplicación

³⁵ En la Constitución mexicana de 1857 el artículo 72, fracción X expresaba: “Para establecer las bases generales de la legislación mercantil”. La reforma a esta fracción se realizó por decreto de 14 de diciembre de 1883.

en el Distrito Federal y en los demás territorios de jurisdicción federal. Por esta razón, cuando la Constitución no dice, de manera expresa, que una materia determinada, objeto del acto legislativo del Congreso tiene carácter de competencia exclusiva, deberá entenderse que se dicta precisamente para el Distrito Federal y dichos territorios sujetos a la jurisdicción federal.

b. Aplicación de las leyes federales en el territorio de los estados

De manera indiscutible, solo las leyes que versen y regulen materias reservadas exclusivamente a favor del gobierno federal, podrán y deberán ser obedecidas en todo el territorio nacional.

Esto es, cuando las facultades tengan por objeto regular materias genéricas, que pueden tener en unos casos, el carácter de materias de competencia exclusiva a favor del gobierno federal y pueden tener, en otros casos, el carácter de materias reservadas a los estados, deberá entenderse que el ejercicio de esa facultad solo podrá aplicarse en el territorio de los estados, precisamente respecto de las materias que tengan ese carácter de exclusividad federal.

c. Examen particular de la fracción X del artículo 73 constitucional

Un ejemplo referente a que el Congreso goza de facultades para legislar sobre una materia genérica, lo encontramos en el texto de la fracción X, en la cual desde su redacción original se encuentra la materia de comercio. Dice la versión vigente:

Para legislar en toda la República sobre hidrocarburos, minería, sustancias químicas, explosivos, pirotecnia, industria cinematográfica, *comercio*, juegos con apuestas y sorteos, intermediación y servicios financieros, energía eléctrica y nuclear y para expedir las leyes del trabajo reglamentarias del artículo 123.³⁶

Según se aprecia, en esta fracción se mezclan materias de competencia exclusiva, como la de los hidrocarburos y la minería con materias que no tienen ese carácter, como son todas las demás, incluso la de comercio.

³⁶ Fracción reformada DOF 06-09-1929, 27-04-1933, 18-01-1934, 18-01-1935, 14-12-1940, 24-10-1942, 18-11-1942, 29-12-1947, 06-02-1975, 17-11-1982, 20-08-1993, 20-07-2007. Énfasis añadido.

Que los hidrocarburos y la minería sean materias de competencia exclusiva, no hay duda. ¿Pero por qué tendría que tener ese mismo carácter la industria cinematográfica cuando está esencialmente vinculada con el principio de la libre manifestación de ideas del artículo 6o. constitucional, así como con el principio de la libertad personal para dedicarse al trabajo, industria o actividad que se nos acomode, siendo lícita? ¿Qué acaso no toca a los Estados decidir, en última instancia, si las actividades involucradas en esta industria requieren o no título y, en última instancia, para regularlas aunque no requieran título, precisamente, porque no tiene el carácter de materia exclusiva a favor del gobierno federal?

El comercio, ¿qué debemos entender por el dicho de que el Congreso tiene facultad para legislar en toda la República sobre comercio? ¿Acaso puede legislar sobre todas y cada una de las materias que en un momento dado pueden caer bajo el rubro comercio? ¿Acaso la materia de correduría, en los términos en que habla la ley federal de la correduría pública del 29 de diciembre de 1992 (DOF, última reforma 9 de abril de 2012), incluida la materia a la que pretende extender el alcance de esta ley la Secretaría de Economía, acaso entra dentro de las materias del rubro comercio, previsto en la fracción X del artículo 73 que examinamos?

Démosle el alcance o extensión deseada a la competencia de la materia mercantil o de comercio. No cambiará la esencia de la duda o la controversia, ya que, el problema no consiste propiamente en saber si la materia de la correduría tiene carácter mercantil o no, sino en saber si, con independencia de su naturaleza y carácter, tiene o no facultades el Congreso para ocuparse de dicha materia, así como saber cuál es la extensión y el alcance de dicha competencia.

Algunos autores, que han salido en defensa de la Ley Federal de Correduría Pública consideran que esta materia pertenece al rubro comercio. Y acto seguido, con la citada teoría de Carpizo y Madrazo en la mano, llegan a la conclusión de que el Congreso al tener facultad expresa para legislar en el rubro comercio, también tiene facultad para expedir, como lo hizo, la Ley de Correduría y darle la extensión que, prácticamente quisiera darle la autoridad competente.

En efecto, recordemos que la tesis de dichos constitucionalistas dice que “todo aquello que no esté expresamente atribuido a la federación es competencia reservada a las entidades federativas”. He aquí la premisa mayor del silogismo.

Es así que la materia del comercio, en donde se comprende la de correduría, es objeto del ejercicio de facultad expresa de la federación, a través del Congreso. Premisa menor.

Luego, ni la materia del comercio ni la de correduría son asignaturas reservadas a los estados. Conclusión.

La forma silogística es impecable. Pero existe un problema anterior, que tiene que ver con el significado y el alcance que se quiere dar a las palabras *expresamente encomendadas a los funcionarios federales*, que solo significan lo que dicen, o lo que de ellas dice el *Diccionario de la Real Academia*, y no significan, ni pueden significar nunca la idea de *exclusividad*, y, por ello, vedadas para los estados.

Lo único que indica el artículo 124, volvemos a repetirlo, es que el gobierno federal únicamente está autorizado para ejercer facultades expresamente encomendadas. En otras palabras, que está prohibido para los funcionarios federales hacer uso de facultades que no les estén expresamente encomendadas. Esto es, lo expresamente encomendado constituye el género, mientras que, como especies, tendríamos las facultades exclusivamente reservadas a favor del gobierno federal, así como las restantes facultades, llamadas concurrentes, coincidentes, coexistentes, o como se quiera. Además, como una subespecie, las exclusivas podrán ser ejercidas nada más para los territorios de jurisdicción federal, o bien podrán ser ejercidas para toda la República. Veamos despacio esta temática.

En primer lugar, digamos que la tesis de Carpizo y de Madrazo nos parece exigua, debido a que el gobierno federal hace uso de facultades muy importantes que están expresamente encomendadas al Estado y a la nación y no a la federación, como ya hemos visto.

En segunda instancia, es evidente que muchísimas materias de comercio, inclusive de comercio con el exterior como lo previene el artículo 28, se encomiendan tanto a la federación como a los estados, desplomándose con ello la premisa de la teoría de Carpizo y de Madrazo, que hacen suya los corredores federales, entre otros: luego no todas las materias, objeto de facultades expresas del gobierno federal son de competencia exclusiva.

En tercer lugar, también queda claro que el gobierno federal goza de competencia íntegra y total sobre los territorios sujetos a su jurisdicción, tal como lo expresaba la fracción VI del artículo 73, texto original, que decía: para legislar en todo lo relativo al Distrito Federal y territorios. Claramente vemos que es en todo, sin excepción y, aunque no lo dice, esta competencia es indiscutiblemente exclusiva. Por ello, el gobierno federal puede hacer de los corredores públicos y de los notarios, todo lo que guste, pero en los territorios de jurisdicción federal. Nada más.

En un cuarto momento, el gobierno federal goza, asimismo, de competencia en toda la República, de manera expresa (género) y exclusiva (especie) en materias que la Constitución contiene con esas dos notas de

ser expresas y exclusivas. Por tanto, la competencia de los Estados solo se ve acotada por lo que es expreso y exclusivo a favor del gobierno federal.

En suma, no todo lo que es expreso tiene necesariamente y por el hecho de ser expreso, el carácter de exclusivo. Repetimos que la materia de comercio y muchísimas otras materias no tienen el carácter de facultades exclusivas. Bien, nada más para contrastar la tesis de Carpizo y Madrazo, bástenos una cita del propio artículo 73; veamos lo que decía originalmente su fracción XXVII: “Para establecer escuelas profesionales... sin que estas facultades sean exclusivas de la Federación”.

He aquí una facultad expresa en donde, el propio texto, aclara que no es exclusiva.

d. Ausencia de facultad para legislar sobre correeduría para toda la República

Dentro del examen que venimos haciendo, no podemos dejar de advertir que no se encuentra por ningún lado de manera expresa, ni de manera implícita, como dice la doctrina, fundamento alguno para expedir leyes federales sobre correeduría pública.

Todos sabemos que fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 29 de diciembre de 1992 una Ley Federal de Correeduría Pública, cuyo objeto, según reza su artículo primero, es el de “regular la función del corredor público”. No existe ningún rubro del artículo 73 que autorice la expedición de una ley en esos términos. Tal vez debió emitirse una ley para reformar el Código de Comercio en el capítulo dedicado a la correeduría pública; tal vez debió emitirse una ley sobre comercio para, entre otras cosas poner un capítulo de comercio (relativo al corredor), para habilitar a esta clase de intermediarios, pero de las materias que sean exclusivamente de competencia federal.

Por otro lado, si la ley crea o amplía las funciones de una rama profesional, como es la del corredor público, es evidente que sus efectos solo deberán reducirse al área del Distrito Federal y, para toda la República solo sobre materias de la competencia exclusiva del gobierno federal, sin menoscabo de la competencia de cada Estado para crearla o no en sus respectivos territorios, al amparo de lo que dice el artículo 5o., que ya examinamos. ¿No es así?

e. De otras facultades abusivas

El Congreso de la Unión, en este mismo artículo 73, así como en otros varios del texto constitucional, recibe autorizaciones de parte del poder

revisor, a través de sus reformas, para, mediante leyes, poder determinar, modificar, ampliar o disminuir los principios de distribución del poder público; facultad ésta solo reconocida legítimamente a favor del pueblo según el artículo 39.

Toca al pueblo, como parte principal de la soberanía, el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno, y forma de su gobierno, como lo precisa el artículo 40, es lo relativo a la forma republicana representativa, democrática y federal.

Ahí está lo federal, como materia reservada al pueblo o a las asambleas constituyentes y no al poder revisor.

En virtud de ello, representan verdaderos abusos y ataques al artículo 39 todas esas facultades que ha recibido el Congreso de manos del poder revisor, a fin de asumir el propio Congreso el papel de llevar a cabo, mediante simples leyes federales, nuevas y sucesivas redistribuciones del poder público en México, acentuando a capricho las tendencias centralizadoras de concentración del poder, destruyendo día a día lo que va quedando de la forma federal, o de las soberanías internas de los Estados.

Responden a esta política, absolutamente inadmisible, las leyes sobre educación, medio ambiente, asentamientos humanos y todas aquellas en las que el Congreso de la Unión es el encargado de fijar las bases de la distribución de una función entre el gobierno federal y los estados.

Con todo, no paran aquí los abusos. El propio Congreso, aún sin mediar ninguna facultad expresa, peor aún, en franca oposición a la Constitución, ha venido emitiendo leyes federales, como ocurre en materia de inversiones extranjeras, en materia de telefonía en cuanto hace uso de la comunicación por satélite, y como ocurre con esta Ley Federal de la Correduría Pública totalmente ofensiva para los estados. Son los excesos del presidencialismo.

IV. LOS EXCESOS DEL PODER REFORMADOR

Pues bien, sin ánimo de repasar la teoría general acerca del poder revisor, vamos a insistir únicamente en destacar algunos de los conceptos ya planteados en este documento y que se refieren a las limitaciones formales previstas en nuestra Constitución para ponerle frenos a dicho poder reformador y reprocharle las diferentes reformas a través de las cuales ha ido ensanchando, sin ningún escrúpulo, el contenido de las facultades del gobierno federal. Para criticarle, por igual motivo, aquellas otras refor-

mas a través de las cuales ha quitado el carácter de exclusividad a algunas materias que originalmente lo tenían, como son las materias relativas al sistema bancario y algunas áreas del petróleo, de telefonía y comunicación mediante satélites.

Sabemos bien que la doctrina común insiste en que el poder reformador no puede ocuparse ni afectar *principios fundamentales*. Esto no está a discusión. Con todo veamos cuáles pueden ser esos principios fundamentales.

Nosotros creemos que todo lo que pertenece a lo que nuestra Constitución en sus artículos 39, 40, 49 y 115, llama *forma de gobierno*, queda al amparo de este principio fundamental. No se puede alterar, ni cambiar, ni afectar la forma de gobierno por parte de ningún poder constituido, ni siquiera por parte del poder reformador. La razón es muy simple: todo lo que pertenece a la forma de gobierno está reservado al principio de la soberanía popular, o soberanía nacional, de manera que es la nación, y no los poderes constituidos, la única que tiene el derecho indiscutible para determinar todo lo concerniente a dicha forma de gobierno.

El artículo 39 del texto vigente lo dice de una manera impecable:

La soberanía nacional reside esencial y originalmente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene, en todo tiempo, el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno.³⁷

Para reforzar el sentido del artículo 39, vamos nuevamente a citar lo que decía el artículo 5o. del Acta de 1824: “La nación adopta para su gobierno la forma de república, representativa popular federal”.

Bellísima expresión. La soberanía reside en la nación o en el pueblo, según uno y otro texto, pero en ambos casos, se hace reserva exclusiva y excluyente respecto de la forma de gobierno. He aquí la máxima limitación del poder revisor.

No está de más añadir que la nación o el pueblo solo hace uso de su soberanía; además, ha de efectuarlo mediante el ejercicio del sufragio, a través de las asambleas constituyentes, convocadas para ese preciso objeto de hacer uso ilimitado de la soberanía popular.

Mejor no se pueden decir las cosas. La nación se reserva de manera categórica todo lo concerniente a fijar o variar su forma de gobierno. Todo, sin admitir ninguna excepción. Por eso es que, a continuación del

³⁷ Artículo original DOF 05-02-1917.

artículo 39 del texto vigente nos dice el artículo 40 que: “Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en República representativa, democrática, laica, federal...”.

Aparece claro que la forma de gobierno es una materia intangible para el poder o los poderes constituidos, incluido el poder revisor o reformador de la Constitución.

También aparece claro que la única instancia, que goza de la soberanía plena en materia de forma de gobierno, es la Asamblea Constituyente. Y consecuentemente lo que esta Asamblea determine en el texto original, tendrá que ser forzosamente respetado por todos los poderes constituidos, y muy especialmente por el poder revisor.

En tal virtud, todas aquellas variaciones que, a través de esas innumerables reformas que se le han hecho al texto original, afectando de alguna manera a lo que pertenece y es propio intrínsecamente hablando a la forma de gobierno, debe ser calificado como excesivo y debiera ser declarado nulo de pleno derecho.

Pues bien, tales excesos, no cabe duda, tienen que ver con la extensión del ejercicio abusivo de facultades sobre materias que no tienen el carácter de exclusividad a favor del gobierno federal hacia el interior de los regímenes soberanos de los Estados, calificados como área reservada a favor de los mismos, o como área prohibida para el gobierno federal. Especialmente graves son los excesos en materia de impuestos, lo mismo que en materia de ecología y, últimamente, también en materia del notariado y de correduría, perturbando por completo estos regímenes internos y, más en general, a todo el sistema federal.

LA TRANSICIÓN, DEL AUTORITARISMO A LA DEMOCRACIA EN MÉXICO*

Julio LABASTIDA MARTÍN DEL CAMPO

SUMARIO: I. *Los procesos electorales en el régimen autoritario*. II. *El sistema electoral en México en el periodo autoritario (inclusivo-populista)*. III. *La liberalización del sistema político*. IV. *La transición democrática*. V. *La transición*. VI. *La culminación de la transición: la democratización*. VII. *El fin del ciclo de la transición (1994-1996)*. VIII. *A manera de conclusión*. IX. *Bibliografía*.

Dentro de los diferentes casos considerados más representativos de transiciones a la democracia, es difícil ubicar el proceso mexicano. En la transición en México no hubo un colapso del régimen autoritario, como el que se produjo con la derrota de la guerra de las Malvinas en la dictadura militar argentina; no fue resultado de una revolución militar popular como en Portugal (*la Revolución de los claveles*); ni fue la consecuencia directa de factores externos, como en el caso del efecto del desmembramiento de la Unión Soviética sobre los países del centro y del este de Europa. Tampoco fue el resultado de un pacto, entendido como un gran acuerdo básico de todos los actores sobre las reglas fundamentales que definen el régimen, y que da lugar a un momento fundacional, como España y Chile, ni se dio una restauración democrática, como en Chile o Uruguay, que produjo la revitalización de los sistemas de partidos, de la división de poderes y de las garantías individuales.

Sin embargo, sí hubo transición en México porque se produjo una disolución paulatina de un régimen autoritario y se estableció una forma de democracia predominantemente electoral. Este último proceso abar-

* Este texto está basado parcialmente en el capítulo “México: una transición prolongada (1988-1996/97)”, en coautoría con Miguel A. López Leyva en Cordera Campos, Rolando (coord.), *El papel de las ideas y las políticas en el cambio estructural en México*. Colección El Trimestre Económico núm. 99. Fondo de Cultura Económica, 2008; publicado también como artículo en la *Revista Mexicana de Sociología*, año LIII, núm. 2, 1991.

ca el periodo 1988-1996/1997. Para nosotros, como para Loaeza (2000) Brasil también puede ser caracterizada como una transición prolongada; Eisenstadt (2001) incluye, además de México, a Bangladesh, Indonesia, Kenia y Corea del Sur.

Visto desde la literatura de las transiciones, estamos hablando de una transición prolongada, en el entendido del largo lapso transcurrido en recurrentes negociaciones para instaurar reglas políticas aceptables para los actores políticos principales. Para Eisenstadt (2001: 87-88) hay un importante conjunto de países con lentos procesos de democratización, incluyendo México, que no siguen el modelo de pacto de élites descrito por O'Donnell y Schmitter en su trabajo pionero de transiciones desde regímenes autoritarios. Estas transiciones, que denomina prolongadas, se producen de una manera gradual, como en una “guerra de trincheras” entre los grupos gobernantes que detentan el poder y los partidos de la oposición.

Soledad Loaeza añade que en las transiciones prolongadas no existe un “sentido de urgencia” en cuanto a concluir un acuerdo con la mayor rapidez posible, como fue el caso de las transiciones aceleradas o pactadas, sino que “la lentitud de las negociaciones puede explicarse por desacuerdos entre los actores en cuanto a la agenda de prioridades, o simplemente porque alguno de ellos —continuista (en el caso de México el PRI) o reformista— considera que el paso del tiempo le favorece [el PAN]” (Loaeza, 2000: 4-5).

Como se observa, la variable tiempo es importante en la definición de una transición con estas características. Para dar un dato de referencia general, en España, América Latina y Europa del Este, las transiciones se desarrollaron en periodos promedio de entre dos y cuatro años; en el caso de Europa del Este, las transiciones tomaron un periodo de dos años, lo cual incluyó: organización de un gobierno provisional, enmiendas a la Constitución, convocatoria a elecciones “fundacionales” y promulgación de una nueva Constitución (Alcántara, 1992).¹

Las transiciones prolongadas no solo se definen por la temporalidad y su gradualismo, sino también por la importancia de la dimensión electoral. En el caso de México se explica porque determinadas características del régimen posrevolucionario incidieron en la forma en que se produjo el proceso de transición a la democracia. Es decir, la coexistencia de los preceptos de la democracia liberal, que establecen el principio de la sobe-

¹ Sobre la importancia del tiempo en los procesos de democratización, véase Linz (1994), y Schedler y Santiso (1999).

ranía popular y el ejercicio del voto como único medio legítimo de acceso al poder, consagrados constitucionalmente² y el carácter autoritario del ejercicio real de la política, permitieron la funcionalidad del autoritarismo a la vez que abrieron la posibilidad para que el proceso de cambio se produjera sin recurrir a la violencia, de forma gradual y mediante reformas legales. En ese sentido, no hay una clara ruptura institucional, sino un acercamiento progresivo entre lo que dictaba la norma constitucional y su ejercicio efectivo.

I. LOS PROCESOS ELECTORALES EN EL RÉGIMEN AUTORITARIO

Como señala Eisenstadt, cuando las fisuras dentro de las élites no son lo suficientemente grandes como para proporcionar puntos de apoyo a la oposición donde las fuentes de poder real, las instituciones electorales, aunque amañadas, pueden ser la única arena donde los partidos opositores protestan en forma legal, por lo tanto, dichas instituciones se pueden convertir en el principal ámbito de oposición (Eisenstadt, 2001: 117-120). Este es el caso de México en el periodo autoritario.

En relación con este tipo de transiciones, Andreas Schedler señala cómo en la serie de elecciones estratégicas entre los gobernantes autoritarios y la oposición, el ciclo de elecciones manipuladas —reformas electorales— se repite reiterativamente, al grado de que puede estabilizarse como un “juego anidado”, en el que es clara la tensión entre el control de los resultados que pretenden los gobernantes autoritarios y la instauración de la incertidumbre democrática por la que pugnan los opositores. Esta situación explica por qué en México, “fue la combinación persistente de los partidos de oposición de participación electoral con protesta poselectoral, lo que mantuvo al país en movimiento desde un autoritarismo electoral hacia una transición prolongada” (Schedler, 2001a: 24). En este sentido, se distingue el diferente significado de las elecciones durante el periodo autoritario como ritual de legitimación y como medio para la circulación ordenada y pacífica de las élites gobernantes y las sucesivas aperturas a la participación de la oposición.

En síntesis, nos proponemos hacer uso de esta concepción de transición prolongada para encuadrar el caso mexicano junto con otros países

² Los artículos 39 y 41 de la Constitución establecen estos preceptos de la democracia liberal.

que han experimentado procesos similares, restando vigencia a la idea de la “peculiaridad nacional”. En ese tenor, importan las tres dimensiones a las que hemos hecho referencia: el énfasis en lo electoral, el gradualismo y la temporalidad. Así, el presente capítulo tiene como eje central de la transición la negociación entre el gobierno y los actores políticos de la oposición en relación con las reformas electorales, es decir, teniendo como marco de referencia la cuestión procedimental.

II. EL SISTEMA ELECTORAL EN MÉXICO EN EL PERIODO AUTORITARIO (INCLUSIVO-POPULISTA)

Desde el punto de vista metodológico, es necesario considerar que el análisis de las características de los procesos electorales en México durante el periodo autoritario plantea una problemática cualitativamente distinta a los estudios electorales en los sistemas democráticos. La presencia de estructuras formalmente liberales y pluralistas en un contexto autoritario le ha conferido a las elecciones en México en ese periodo un contenido que se escapa al marco lógico normativo de las teorías de la democracia.

En México, antes de 1946 no existe un sistema electoral como tal, lo que existen son acuerdos entre el presidente y los poderes regionales y locales, se trata de un sistema oligárquico pero cuya legitimidad simbólica se sustentaba en un sistema constitucional formalmente democrático, no había propiamente un sistema electoral³ porque no existían datos mínimamente confiables, pero sí se realizaban elecciones a través de mecanismos descentralizados y con gran peso de los poderes regionales.

La construcción de un verdadero Estado nacional con un sistema político eficaz, se inicia a mitad del siglo XIX en el periodo de Benito Juárez (15 de enero de 1858-18 de julio de 1872), pero su consolidación no se realiza sino hasta el Porfiriato (1876-1910) con la construcción de una red de lealtades de los poderes regionales y locales: caudillos y caciques,

³ Por sistema electoral entendemos en un régimen democrático el “principio de representación que subyace al procedimiento técnico de elección, y al procedimiento mismo, por medio del cual los electores expresan su voluntad política en votos que a su vez se convierten en escaños o poder público. Cualquier reglamentación al sistema electoral regula, entre otras cosas, la división en circunscripciones electorales, la forma de la candidatura, el procedimiento de votación, el procedimiento de asignación de votos computados y el método de cómputo” (Nohlen, 1993: 11-12). (Por cómputo entendemos el procesamiento de un gran número de votos, sistemática y formalmente).

que convergen en el presidente quien es a la vez jefe y árbitro. Después de la Revolución el nuevo régimen se inicia con un periodo violento de luchas intestinas entre los líderes revolucionarios. Es hasta la presidencia de Plutarco Elías Calles en 1929 que se reconstruye un sistema de lealtades incluyendo ahora a cúpulas sindicales, en este periodo se crea el Partido Nacional Revolucionario (PNR) que incorpora a todos los poderes dispersos y se comienzan a establecer reglas de coexistencia y negociación al interior del partido de Estado pero acentuando el carácter vertical del poder presidencial. En este aspecto si hacemos abstracción de las políticas sociales se trata de una prolongación del sistema político oligárquico y caudillesco del siglo XIX.

Retomando una perspectiva histórica, el régimen posrevolucionario no superó una contradicción que arrastraba desde la independencia: la distancia entre la normatividad constitucional y las prácticas políticas reales o el sistema político realmente existente. En ese sentido es importante señalar que para las elites gobernantes y la clase política en general un referente fundamental era la democracia liberal y por eso, aunque la Constitución de 1917 expresó las reivindicaciones sociales de la Revolución, también fue heredera en su núcleo fundamental de la Constitución liberal de 1857 y sus principios democráticos. La Revolución de 1910, fue la primera gran revolución del siglo XX, pero no tuvo como objetivo establecer una democracia política. En este aspecto en el régimen posrevolucionario la democracia sigue siendo una ficción jurídica en el sentido ya mencionado, ya que el poder se concentró en la elite gobernante, en particular en el presidente y su base social, como señalamos, se sustentó en políticas populares o populistas y en la creación de una red corporativa. En el nuevo orden político el discurso oficial se definía como una democracia social.

Es hasta 1938, en la presidencia de Lázaro Cárdenas que el partido hegemónico se convierte en el Partido de la Revolución Mexicana (PRM) que integró a lo que llamó “el pueblo organizado” al que encuadró en distintos sectores. Se trata entonces de un partido corporativo, no de ciudadanos. Su programa fue popular y nacionalista y por lo tanto conforme a las reivindicaciones revolucionarias que se traducen fundamentalmente en la reforma agraria y en la nacionalización del petróleo.

Con el surgimiento del Partido Revolucionario Institucional (PRI) en 1946 y la promulgación de la primera ley electoral, se abrieron nuevos espacios al lado de los sectores corporativos para la adhesión individual, pero estamos aún lejos de la concepción de un partido de ciudadanos en un contexto en que exista una verdadera competencia electoral. Es en

este periodo con el licenciado Miguel Alemán como presidente, que se inicia lo que se ha llamado el periodo “civilista” de los gobiernos posrevolucionarios, en este sentido es importante destacar que el ejército deja de formar parte del partido de Estado a diferencia del PNR durante el gobierno del general Lázaro Cárdenas.

A partir de la Ley Electoral de 1946, se establecen los dos principios rectores que se mantendrán casi intocados hasta el periodo de nuestro interés: la centralización de la organización de los comicios electorales, lo que implica que solo los partidos nacionales con registro puedan participar; el segundo aspecto tiene que ver con el control absoluto del Poder Ejecutivo de dicho sistema.

Además, cabe señalar que el control gubernamental de las elecciones en el régimen autoritario era muy eficaz: a través de la Comisión Electoral que fue creada ese mismo año y que estaba presidida por el secretario de gobernación que recibía órdenes directas del presidente, en cuanto a los integrantes de la comisión eran abogados y al dejar de ser miembros pasaban a ocupar puestos en el sector público. Por otra parte, la lealtad del voto al partido de Estado era total al interior del sector corporativo, en cuanto a aquella parte de la población que estaba afiliada individualmente al PRI a través de la Confederación Nacional de Organizaciones Populares (CNOP), el control se ejercía a través del secretario general de dicha organización.

En este contexto, las posibilidades de los partidos opositores de ocupar puestos importantes a nivel ejecutivo eran prácticamente nulas. Otro de los rasgos del sistema electoral era su centralidad porque solo podían participar los partidos nacionales que obtenían registro. Además, hay que señalar que el sistema electoral funcionaba de una forma imperfecta y con tensiones: una provenía de la complejidad de la organización de las elecciones que implicaba la movilización de cientos de miles de personas en un territorio enorme y con grandes contrastes en la población donde variaban mucho las formas de comportamiento político. Por estas razones las elecciones se realizaban en condiciones precarias, lo que se agravaba porque no existía un padrón electoral confiable y el personal que se dedicaba a estas tareas no estaba calificado. Finalmente, en algunas zonas, los poderes regionales, y en particular los cacicazgos seguían teniendo una fuerte ascendencia sobre la población y se llegaban a dar conflictos de intereses con el poder central, el cual a veces se veía obligado a ceder —al menos parcialmente—.

Con todas sus imperfecciones el sistema electoral cumplía funciones importantes: habían elecciones de forma periódica de acuerdo a los tér-

minos de la ley, lo que servía para simular que México tenía una democracia; de esta manera se buscaba la legitimación del régimen tanto internamente como en el exterior.

Empero, la construcción liberal complementada con la creación de un sistema electoral en el régimen autoritario no solo cumplió una función de falsa imagen, también iba más allá de ser solo uno de los referentes ideológicos de las elites gobernantes. El sistema electoral tuvo importantes funciones en el contexto autoritario, lo cual nos remite a un segundo ángulo de su funcionamiento. Podemos considerar que el sistema electoral en este periodo autoritario cumplió fundamentalmente los objetivos hasta 1988. En este sentido, Soledad Loaeza argumenta que en México las elecciones han cumplido una serie de funciones que se acumulan, se confunden y a veces se sobreponen unas a otras. Según la autora:

Durante un largo periodo las elecciones eran importantes sobre todo porque legitimaban al sistema según los cánones democráticos [aunque el sistema no lo fuera]. En un periodo posterior fueron importantes en primer lugar porque neutralizaban fuentes potenciales de oposición antisistema, sin dejar de ser un refrendo “democrático” a decisiones que habían sido tomadas de antemano. En términos generales, los procesos electorales en México reflejan punto por punto el sistema para el que fueron diseñados. En un marco de poder político centralizado y de no participación [ciudadana] estructural, son un mecanismo de control social del Estado (Loaeza, 1989: 273).

En ese sentido, Prud’homme habla de la “paradoja de la realidad autoritaria que se asienta en una ficción democrática” para tratar de dilucidar el carácter híbrido de la esfera electoral mexicana: “Reproductora de los postulados holistas del régimen, animaba también los deseos de pluralismo de la oposición; activadora de una adhesión y participación políticas inspiradas en relaciones de corte populista, ella alentaba a la vez principios de representación de corte ciudadano” (Prud’homme, 1994: 39).

Por su parte, Guadalupe Pacheco (2000) señala que las elecciones mostraban la capacidad operativa del partido oficial para movilizar sus clientelas electorales y los “resultados contables de los comicios” constituían un barómetro para expresar las relaciones de fuerza dentro del pacto corporativo que era el núcleo, el cimiento que mantendría la unidad. Servía además para distribuir y reajustar las cuotas de poder conforme cambiaba la correlación de fuerzas entre los distintos sectores sociales y los grupos de interés, tanto internos como externos.

Hay otras observaciones importantes de Pacheco, como cuando señala que la distribución de escaños legislativos dentro del partido oficial tenía

una función que iba más allá de unificar a los grupos políticos dirigentes, porque permitía que el triunfador quedara en una posición de ventaja para negociar beneficios para sus clientelas electorales y así mantener el control sobre ellas y sostener y ampliar la base social del régimen.

Más aún, Pacheco tiene razón cuando argumenta que las cifras electorales en el largo periodo del partido hegemónico nos sirven para construir datos que permiten medir la capacidad de movilización de la maquinaria electoral-clientelar; las relaciones de fuerza al interior del pacto corporativo, el “seguimiento” de pautas diferenciadas de comportamiento electoral en el campo y en las ciudades, sus cambios, y en tomar en cuenta la abstención con relación al total de la población en edad de votar —y no solo del padrón que además no tenía datos confiables— como un indicador de la eficacia o del deterioro de control clientelar-corporativo y ubicar los sectores de la población en que estos fenómenos se producían. En síntesis, es muy importante esclarecer las funciones que tenían las elecciones y el conteo de los votos para los actores políticos y, además, para la población en general en el periodo del régimen autoritario.

Sin embargo, conviene añadir algunas observaciones a esta interpretación. La autora solo considera algunas de las funciones de las elecciones del Poder Legislativo y no toma en cuenta las importantes funciones que éstas cumplían en el caso del Poder Ejecutivo. En ambas situaciones eran un mecanismo eficaz de circulación y renovación de las elites gobernantes, tampoco considera que en el caso de la renovación de los poderes cumplía una función de cooptación de líderes “naturales” o representativos de sectores sociales que no habían sido incorporados aún al partido hegemónico o que incluso eran críticos, hostiles y antagónicos, como los intelectuales y otros sectores de las clases medias.

Además, es fundamental destacar que con el principio de “no reelección”, la celebración de elecciones sexenales presidenciales permitió asegurar desde 1929 hasta 1988 un mecanismo de renovación institucional y pacífica del poder presidencial. No obstante, las elecciones presidenciales fueron un proceso de legitimación *a posteriori* del ascenso del candidato oficial a la presidencia, quien había sido designado previamente como tal por procedimientos cupulares y verticales, en los que el factor decisivo era la voluntad del presidente saliente⁴ y no los resultados electorales.

⁴ Este fue un elemento fundamental y persistente en el sistema autoritario mexicano; un ejemplo reciente del peso decisivo del presidente en la selección de su sustituto lo ofrece Carlos Salinas de Gortari, presidente entre 1988 y 1994. Salinas, en la nueva edición de su libro en inglés, *México, un paso difícil a la modernidad* (2000), señala: “Quizás mis buenos deseos y mi final decisión sólo pueden explicarse con la preocupación de cuidar la

Hay otro punto que habría que analizar más detenidamente: el señalamiento de Pacheco de que a los comicios no solo concurrían los electores vinculados a la estructura corporativa y a las redes clientelares del partido hegemónico, sino también otro tipo de electores que estaba fuera de esas redes y que eran producto tanto de la urbanización y de la exposición y diversificación de la economía, como de la extensión y elevación de la calidad del sistema educativo.⁵

III. LA LIBERALIZACIÓN DEL SISTEMA POLÍTICO

A pesar de este carácter autoritario, la élite posrevolucionaria se preocupó de que tanto interna como externamente no se le considerara un régimen totalitario de partido único, como era el caso de la Unión Soviética, por lo que fue importante mantener la imagen de democracia liberal para la que no bastaban elecciones periódicas, donde el pluralismo es un aspecto fundamental. Desde esta perspectiva se explica que hayan existido partidos políticos durante todo el periodo posrevolucionario, aunque en un esquema de partido hegemónico y sobre todo que posteriormente hubiera reformas a la legislación electoral de 1946.

De esta manera las sucesivas reformas aplicadas al sistema electoral mexicano tuvieron la intención de traducir institucionalmente la incipiente pluralidad del país, y son importantes porque marcan el terreno para las reformas posteriores, las que condujeron a la transición democrática, en el sentido que flexibilizaron gradualmente los amarres que sujetaban la competitividad de los distintos partidos. Es decir, corresponden a medidas de liberalización que buscaban ampliar la representación de los partidos de oposición y partidos satélites⁶ en la Cámara de Dipu-

estabilidad económica y mantener las reformas sociales, pero después de considerar a dos distinguidos políticos, la imposibilidad legal de la candidatura de Pedro Aspe [secretario de Hacienda] me hizo optar por [Ernesto] Zedillo” (Salinas, 2000). Véase también Carlos Salinas de Gortari (2002). Así mismo tratan este tema: Jorge G. Castañeda (1999), y desde una perspectiva histórica, Enrique Krauze (2001).

⁵ En sentido contrario, también hay que considerar la también hay que considerar la contribución de Acción Nacional (PAN), que desde su fundación en 1939, hizo de la “educación cívica” un objetivo central de su función política, que logró incidir progresivamente en sectores cada vez más amplios del electorado.

⁶ Por “partidos satélite” se entiende aquellos partidos que habían subordinado su acción política y electoral a la del PRI, el partido oficial, independientemente de su orien-

tados. Eran una concesión del régimen, desde la lógica del poder, ante circunstancias adversas.

Desde esta perspectiva de liberalización, la reforma de 1963 se explica como respuesta a una situación social y política compleja, caracterizada por la creciente efervescencia de movimientos sindicales disidentes, como el de los maestros (1958)⁷ y el de los trabajadores ferrocarrileros (1958-1959);⁸ el boicot del Partido Acción Nacional (PAN) al régimen, al asumir una posición de enfrentamiento, proponiendo la renuncia a sus cargos de los seis diputados triunfadores en las elecciones de 1958,⁹ y la polarización política, producto del impacto de la Revolución cubana.¹⁰ En otros términos, la reforma fue una salida ante la amenaza de que el área no institucionalizada del sistema político se desbordará por los movimientos sociales; también puede ser vista como producto del aumento del abstencionismo electoral y de la necesidad gubernamental de reanimar la participación en las urnas (Loaeza, 1999: 278 y 281).

En la reforma de 1963 se ofrece una ampliación limitada en la representación política a través de la introducción de los llamados “diputados de partido”, para favorecer a los partidos minoritarios que obtuvieran el 2.5% de la votación total, a los que les serían asignados cinco diputados, y uno más por cada 0.5% adicional hasta llegar al tope de 20 diputados (Medina Peña, 1978b: 32).

La reforma se planteaba dos objetivos: ganar legitimidad mediante esta proporcionalidad “limitada” y mantener la capacidad de decisión del partido oficial. Un aspecto que conviene resaltar para los propósitos de este trabajo es que tal reforma fue responsabilidad directa del dirigente nacional del Partido Acción Nacional (PAN), Adolfo Christlieb Ibarrola, y del secretario de gobernación —después presidente de México— Gustavo Díaz Ordaz, lo cual le reportaría beneficios al primer partido, como el reconocimiento de 17 victorias municipales durante los cuatro primeros años del mandato de Díaz Ordaz (Lujambio y Marván, 1997). Este acercamiento, del PAN al PRI, el cual correspondía a una posición estratégica de Acción Nacional, es un antecedente poco estudiado del acuerdo que habría posteriormente entre el presidente Carlos Salinas y

tación ideológica. Con esta definición parafraseamos la noción “izquierda satélite” o “izquierda leal” que utiliza Barry Carr (2000: 308).

⁷ Véase Aurora Loyo Brambila (1979).

⁸ Véase Aurora Loyo y Ricardo Pozas Horcasitas (1977), y José Luis Reyna y Raúl Trejo Delarbre (1981).

⁹ De los seis, cuatro se negaron a hacerlo y fueron expulsados del partido.

¹⁰ Véase Olga Pellicer de Brody (1972).

Acción Nacional en las reformas electorales y constitucionales en varios temas de la agenda política y económica.

Sin embargo, los cambios realmente importantes en el sistema electoral mexicano se iniciaron en 1977, con una reforma que también se presenta como respuesta a una serie de tensiones que comenzaron con el movimiento médico (1965)¹¹ y continuaron con la represión al movimiento estudiantil de 1968.¹² Desde la perspectiva de Jorge Cadena-Roa, “la interpretación de la masacre de Tlatelolco influyó todos los debates de los medios y las metas del cambio social en México”. La erosión de la legitimidad del Estado por este movimiento, cerró un “ciclo de contención”, en el cual “campesinos, obreros, maestros y otros grupos sociales [médicos y estudiantes] habían apelado al Estado revolucionario y habían encontrado una represión inesperada”, una de cuyas consecuencias [podemos añadir más importantes] fue el surgimiento de la guerrilla (Cadena, 2003: 119-120).

Contribuyó también significativamente a este escenario conflictivo el hecho de que en las elecciones de 1976 compitiera por la presidencia exclusivamente el candidato del Partido Revolucionario Institucional (PRI), José López Portillo, dejando en evidencia *urbi et orbe* la ficción de la existencia de un sistema multipartidista competitivo en México. De hecho, la reforma de 1977 puede verse como el verdadero punto de partida del proceso de liberalización política.

La contribución fundamental de la reforma de 1977 fue el reconocimiento constitucional de los partidos políticos como “entidades de interés público”. Otros aspectos importantes fueron la introducción del registro condicionado de los partidos al resultado de las votaciones, con un umbral mínimo del 1.5% de la votación de las elecciones federales, y la ampliación de la Cámara de Diputados de 300 a 400 miembros, 100 de ellos electos por el principio de representación proporcional, exclusivos de la oposición, con lo que se garantizaba un mínimo de pluralidad (Becerra, 1995; González, 1979).

Con esta ley la intención fundamental era atraer a la izquierda, principalmente al Partido Comunista (PC), que era el partido de oposición más antiguo ya que fue fundado en 1919, aunque por muchos años excluida del juego electoral parlamentario —en particular desde 1951—, en un contexto en que la ruptura institucional y la lucha armada aparecían como vías alternativas de acción.

¹¹ Véase Ricardo Pozas Horcasitas (1993).

¹² Véase Sergio Zermeno (1978).

Esa intención se lee claramente en las memorias de quien fuera presidente de México, José López Portillo:

(14 de abril de 1977) Quiero que se ventile de una vez por todas el 68, hasta ahora tabú o suceso vergonzante. Además de la renuncia de (Carlos) Fuentes [uno de los escritores mexicanos más influyentes, aquí también pudo añadir a Octavio Paz], las izquierdas se han revuelto y los intelectuales y universitarios se han inquietado. Las cosas suceden y me ubican a la derecha. En contra, soltamos a ‘presos políticos’ y este día abro el estudio para que se lleve adelante la Reforma Política, mediante consulta pública... A ver si las izquierdas entienden el momento histórico y canalizan por la vía institucional sus posiciones (López P., 1988: 569).

Jesús Reyes Heróles, secretario de gobernación y artífice de esta reforma, en un discurso pronunciado el 10. de abril de 1977, sintetizó su propósito general de la siguiente manera:

que el Estado ensanche las posibilidades de la representación política, de tal manera que se pueda captar en los órganos de representación nacional el complicado mosaico ideológico nacional de una corriente mayoritaria, y pequeñas corrientes que, difiriendo en mucho de la mayoritaria, forman parte de la nación (citado por Becerra, R., *et al.*, 2000: 88).

Para José Woldenberg (1993b: 304-308), la reforma política de 1977 sirvió para que aparecieran de manera institucional nuevos referentes partidistas, para que las elecciones paulatinamente se apreciaran como más competitivas y fueran revaloradas por casi todas las corrientes políticas, y para que lo que era un ritual tradicional sin competencia se convirtiera en el elemento central de la lucha política. Sin embargo, creo que Woldenberg sobrevalora los alcances de la reforma en cuestión. Más bien la nueva situación política está mejor definida por Sartori (2000), para quien en un proceso de liberalización:

El partido hegemónico [en este caso el PRI] no permite una competencia oficial por el poder, ni una competencia de facto. Se permite que existan otros partidos, pero como partidos de segunda, autorizados; pues no se les permite competir con el partido hegemónico en términos antagónicos y en pie de igualdad. No solo no se produce de hecho la alternación [alternancia]; no puede ocurrir, dado que ni siquiera se contempla la posibilidad de una rotación en el poder. Esto implica que el partido hegemónico seguirá en el poder tanto si gusta como si no (Sartori, 2000: 276-277).

El hecho histórico es que el régimen necesitaba una imagen de pluralismo donde se diera la competencia, aunque fuera controlada y sin alternancia como medio importante de legitimidad interna y externa. Por eso, la primera reforma electoral que abrió espacios y estimuló la participación aunque acotada y controlada de los partidos políticos de oposición de una manera significativa fue la de 1977.

Este proceso se ajusta bien a lo que O'Donnell y Schmitter han dado en llamar “autoritarismo liberalizante” o “dictablanda” y que Mario Vargas Llosas denominó “dictadura perfecta”, en que los gobernantes autoritarios pueden tolerar y hasta promover la liberalización en la creencia de que, al abrir ciertos espacios para la acción individual y colectiva, pueden aliviar diversas presiones y obtener información y apoyo necesarios sin alterar la estructura de autoridad, es decir, sin tener que dar cuenta a la ciudadanía de sus acciones o someter al resultado de elecciones libres y competitivas su pretensión a gobernar (O'Donnell y Schmitter, 1994: 23).

En cuanto a la reforma de 1986, se trata de una reforma controvertida. José Woldenberg (1987: 240 y 244) considera positivo que se haya corregido la sobrerrepresentación en la Cámara de Diputados, pero señala que es un retroceso la manera de integrar los organismos electorales. Por su parte, Juan Molinar, refiriéndose al sistema electoral, advertía ya acerca de la “síntomatología y diagnóstico de botiquín de *la asfixia electoral que aqueja al cuerpo de México*”. De los seis componentes principales de la no-competitividad señalados por el autor, tomamos los dos que nos parecen pertinentes, los cuales son representativos de la difícil aplicación de la normatividad electoral. Estos eran que: 1) “En la organización y vigilancia de los procesos electorales mexicanos existe una intervención sesgada y decisoria del gobierno a favor del partido del régimen”, y 2) “La ley electoral y las prácticas políticas estatales que con base en la ley (y aún contra ella) regulan la competencia partidaria, limitan decisivamente la expresión del pluralismo político que en la sociedad se manifiesta” (Molinar, 1988a: 259-269).

A nuestro parecer, la reforma de 1986 puso un dique para la incorporación de nuevos partidos al escenario político-electoral, al condicionar el registro de los partidos al resultado de la elección; estableció por primera vez la “cláusula de gobernabilidad”, mecanismo que aseguraba la mayoría al PRI en la Cámara de Diputados aun sin el 50% o más de la votación, y le aseguró al partido oficial el control de la organización electoral, mediante el traslado del criterio de representación proporcional a la Comisión Federal Electoral (CFE). De este modo, la reforma fue un intento de revertir la tendencia a perder el control sobre los comicios, consecuencia no buscada de la reforma de 1977.

De todo lo anterior se comprende cómo el reformismo electoral ha de situarse, durante el periodo 1977-1988, con relación directa al contexto que lo produce. Pero, además, ha de mirarse como parte de las estrategias de los presidentes que lo han estimulado y que corresponden a una política de liberalización.

IV. LA TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA

Los cambios en la sociedad posrevolucionaria —se volvió cada vez más compleja, diversificada, moderna e informada— así como el desgaste del modelo económico y social, llevaron a que sectores crecientes de la población se alejaran paulatinamente del sistema político autoritario. Esta dinámica de la sociedad se tradujo en el surgimiento de nuevos actores políticos o en su reorientación ideológica basada en la competencia legal. Si en las décadas de los cincuenta, sesenta y setenta los cambios sociales se expresaron a través de nuevos actores sociales y de movimientos sociales sin representación política, sin canales institucionales, que explican el reiterativo recurso del Estado a la represión, a partir de la liberalización que se inicia con la reforma electoral de 1977 y en particular a partir de las elecciones de 1988, la centralidad del cambio político la tendrán los actores políticos, o sea los partidos, y como señala Eisenstadt (2001), la disputa se dará en el espacio electoral.

A partir de 1988, la constante modificación a las normas electorales puede colocarse ya en el marco general del cambio político democrático en México, en el que intervienen de manera decisiva actores políticos independientes del gobierno, y donde éste no puede seguir aplicando la noción simple de concesión.

Para ubicar esta fase, nos parece conveniente tomar la periodización realizada por Jacqueline Peschard (1993). La autora plantea la elevación y caída del sistema de partido hegemónico en tres bloques: *a*) de 1946 a 1976, la construcción y consolidación hegemónica, en la que resalta el control centralizado del gobierno sobre los comicios; *b*) de 1977 a 1986, la hegemonía en un marco de liberalización política, etapa en la que se relajó el control gubernamental sobre el ingreso de los partidos a la escena electoral, relajamiento contrapunteado por la legislación electoral de 1986, la cual surgió como reacción del gobierno frente a los signos amenazantes para su control sobre las urnas, según hemos visto, y *c*) de 1988 en adelante, la caída del sistema de partido hegemónico, teniendo

en 1988 el “mayor cuestionamiento al régimen posrevolucionario” que expresa una crisis del sistema electoral y, podemos nosotros añadir, una crisis de legitimidad, la cual da lugar a un proceso sucesivo de reformas negociadas que culmina con la transición democrática.

Nosotros nos proponemos una periodización basándonos en la creación del sistema electoral en 1946, que difiere parcialmente a la que propone Jaqueline Peschard, y que corresponde a un régimen político autoritario-civil (1946-1988), que incluye el periodo de liberalización de 1977-1988 otro que corresponde al periodo de transición a la democracia (1988-1996) y finalmente el del funcionamiento pleno de instituciones electorales democráticas (de 1996 en adelante). La diferencia se basa en la existencia de condiciones que garantizan una verdadera competencia no condicionada.¹³

Sobre la importancia de las reformas electorales negociadas en el caso de México, se aplica el señalamiento de Eisenstadt de que:

En los casos en que las fisuras dentro de las élites no son lo suficientemente grandes como para proporcionar puntos de apoyo a la oposición, contra las fuentes de poder real, las instituciones electorales, aunque amañadas, pueden ser la única arena donde los partidos opositores protesten en forma legal. Por tanto, dichas instituciones se pueden convertir en el principal ámbito de negociación para la oposición (Eisenstadt, 2001: 116-117).

Por su parte, Linz y Stepan (1996a: 3) indican que:

En una situación no democrática, la liberalización puede implicar una combinación de cambios políticos y sociales, tales como menor censura de los medios de comunicación, mayor espacio para la organización de actividades autónomas de la clase trabajadora, la introducción de algunas salvaguardas legales para los individuos como *el habeas corpus*, la liberación de muchos presos políticos, el retorno de los exiliados, probablemente medidas para mejorar la distribución del ingreso y, lo más importante, la tolerancia hacia la oposición.

En ese tenor, una diferenciación puntual de estas dos fases de la transición democrática mexicana, la liberalizadora y la democratizadora, la hallamos en las tres etapas que Jorge Alcocer desglosa acerca del “ciclo

¹³ Lo cual no resta importancia a la consideración de otras periodizaciones. Véase Juan Molinar (1993a), y José Woldenberg (1993a).

reformista” mexicano, a saber: *a*) reformas preventivas (1977, 1986), en la que “la iniciativa y capacidad de decisión correspondieron íntegramente al gobierno y su partido”; *b*) reformas bilateral-defensivas (1990, 1993), en la que “los acuerdos entre el PAN y el gobierno determinaron e hicieron posible la aprobación de ambas reformas y porque desde la perspectiva gubernamental el objetivo fue preservar el control de los órganos electorales, accediendo simultáneamente a su transformación” acotada, y *c*) reformas por consenso (1994, 1996), o “normalización democrática del sistema electoral mexicano”, en la que hubo un elemento central indiscutible, “la regla del consenso como garantía pactada a favor de las oposiciones, en particular a favor del PRD”, partido excluido en la etapa anterior (Alcocer, 1996a y 1996b).

En resumen, para efectos del presente texto, la etapa liberalizadora, de otorgamiento o concesiones gubernamentales concluye las llamadas reformas preventivas, mientras que la segunda etapa, la democratizadora, de negociación, contiene tanto las reformas bilaterales defensivas como las consensuadas. De la tipología de Huntington (1994) se aplicaría, para el periodo liberalizador, el modelo de transformación, es decir, cuando las élites en el poder dirigen el proceso de transición, y para el periodo democratizador se aplicaría el modelo de traspaso, es decir cuando la transición resulta de la acción conjunta del gobierno y la oposición. La diferencia en esta última etapa de democratización, en la cual nos centraremos a continuación, es estratégica: las reformas de 1990 y 1993, acordadas básicamente por el gobierno con el PAN, pretendían extender la liberalización política en un marco de pluralidad restringida que posteriormente se desbordó; las reformas de 1994 y 1996 dan cuenta de los límites de esa estrategia y hacen necesario el acuerdo con todas las partes, lo cual guía el proceso de cambio a su culminación: la democracia electoral.

Se trata de dos tipos de juegos políticos, uno excluyente —solo se negocia con el PAN— y el otro incluyente —el gobierno negocia con el PAN y el PRD—. En tanto el contexto arrojaba una situación intermedia entre el autoritarismo y la democracia, se requería la anuencia de ambos partidos —importantes por el tamaño de su representación popular— en el acuerdo de las reglas procedimentales para evitar impugnaciones en los comicios, y esto solo se consigue con la preeminencia del segundo juego político.

En las siguientes páginas haremos un análisis puntual de cómo se fueron negociando las distintas reformas electorales, buscando ubicarlas en su contexto y destacando la relación entre los principales actores políticos.

V. LA TRANSICIÓN

1. *La negociación de la primera reforma (1989-1990).*

La reforma de 1989-1990 tiene de trasfondo las elecciones presidenciales de 1988 en las que se condensaron un conjunto de contradicciones acumuladas durante varias décadas y marcaron el paso a una nueva etapa de la lucha política, señalada por una creciente influencia de la oposición y un aumento significativo de la competencia electoral. Además, las urnas cobraron gran significado político porque empiezan a reflejar las orientaciones y reacciones de los ciudadanos, y porque se erigieron en terreno de manifestación del conflicto político y de pérdida de credibilidad de las instituciones electorales.

El arribo al poder del nuevo presidente Carlos Salinas se vio empañado por la denuncia de “fraude”,¹⁴ en virtud de las irregularidades presentadas en el cómputo de los votos, y la presunta victoria del candidato del Frente Democrático Nacional (FDN), Cuauhtémoc Cárdenas, dado el deficiente y poco confiable sistema electoral, lo que dio como resultado la instalación del nuevo gobierno con escasa legitimidad. En ese sentido, el contexto nacional se presentaba difícil para emprender la interlocución entre el gobierno y los otros actores políticos.

¹⁴ Cuando el conteo preliminar de los votos aparentemente registraba una ventaja para Cárdenas, el entonces secretario de gobernación y presidente de la Comisión Federal Electoral, el priista Manuel Bartlett informó que se suspendía el conteo de los votos a causa de una “caída del sistema”.

Elecciones de 1988
Mapa 1.1 Mapa Electoral por Estados.



Podemos observar que en 1988 el PRI tenía un control político absoluto dado que todos los estados del país eran gobernados por candidatos de este partido a pesar de la existencia ya en ese momento de varios grupos políticos de oposición, muchos de los cuales tuvieron una existencia coyuntural o momentánea, sin llegar a constituir una opción política real. Pero el PRI no obtuvo la mayoría absoluta por lo que necesitó al PAN para legislar y hacer cambios constitucionales.

Cuadro 1. Votación para presidente de la República

Partidos	Votación	%
PAN	3,208,584	16.8
PRI	9,687,926	50.7
FDN	5,929,585	31.1
PDM	190,891	1.0
PRT	74,857	0.4
Total	19,091,843	100.0

Fuente: Disco compacto México Electoral, Banamex, 2001

Cuadro 2. Votación para diputados y número de escaños obtenidos

Partidos	Votación	%	Escaños	%
PAN	3,238,640	18.0	101	20.2
PRI	9,216,748	51.2	260	52.0
PMS	784,261	4.4	34	6.8
PPS	1,629,963	9.1	36	7.2
PFCRN	1,685,936	9.4	39	7.8
PDM	230,857	1.3	-	-
PARM	1,110,000	6.2	30	6.0
PRT	96,003	0.5	-	-
Total	17,992,408	100.0	500	100.0

Fuente: Disco compacto México Electoral, Banamex, 2001

Cuadro 3. Composición de la Cámara de Senadores

Tipo	PAN	PRI	FDN	Total
3 años	0	30	2	32
6 años	0	30	2	32

Fuente: Disco compacto México Electoral, Banamex, 2001

En la nueva coyuntura política, el gobierno de Carlos Salinas de Gortari tuvo como estrategia enfrentar a la parte de la oposición que no lo reconocía como autoridad, el neocardenismo —primero representado en el Frente Democrático Nacional (FDN) y después en el Partido de la Revolución Democrática (PRD)¹⁵ creado en 1989— y negociar con el otro partido de oposición relevante, Acción Nacional, que estaba mejor dispuesto a dialogar. El PAN tenía a su favor el cambio en la integración de la Cámara de Diputados, donde en las elecciones de 1988, el PRI había obtenido 260 de los 500 escaños (el 52%), por lo que había perdido la mayoría calificada, que corresponde a dos tercios de los escaños y constituye el límite de los votos necesarios para la aprobación de modificaciones a la Constitución.¹⁶

¹⁵ Un análisis pionero sobre la construcción del PRD y sus primeros pasos en la vida pública mexicana puede leerse en Kathleen Bruhn (1997).

¹⁶ Algunos analistas señalan que: “El PRI tuvo que recurrir a una alianza legislativa para alcanzar las dos terceras partes de los votos, lo que implicó también [el inicio como práctica política] la inauguración de la compra de los votos parlamentarios como estrategia política” (Casillas, 1998: II).

En consecuencia, si bien es cierto que esta participación le garantizaba al partido en el poder la aprobación de cuestiones fundamentales, como las leyes de ingresos y el presupuesto de egresos, las reformas constitucionales requerían de acuerdos con otras fuerzas políticas. Esta nueva composición política inauguró un proceso arduo de búsqueda de consensos, particularmente con el PAN, ante la erosión de la hegemonía priista. *La negociación era obligada lo que inicia el proceso de transición.*

El PAN aprovechó la coyuntura adversa para el gobierno y lanzó —días antes de la asunción del nuevo presidente— un documento intitulado Compromiso Nacional por la Legitimidad y la Democracia. En este documento no se pedía la anulación de las elecciones ni el nombramiento de un presidente interino, como era el reclamo del candidato presidencial del Frente Democrático Nacional (FDN), Cuauhtémoc Cárdenas sino que partía de reconocer a Salinas como autoridad legalmente constituida —aunque carente de legitimidad— a quien se le podían proponer una serie de temas en la mesa de discusión. Es importante señalar que esta postura no la compartió el candidato presidencial del PAN, Manuel J. Clouthier,¹⁷ quien había impugnado el resultado favorable al PRI.

Según Soledad Loaeza, este comportamiento del PAN puede explicarse por su acendrada “aversión al riesgo”. En la primera mitad de los ochenta, el PAN optó por una estrategia de confrontación siempre y cuando no existiera discontinuidad de los “equilibrios políticos generales”, pero:

Cuando la crisis postelectoral de 1988 comprometió el cumplimiento de los plazos constitucionales, el partido abandonó esa estrategia y en un contexto de crispación de las relaciones políticas y crecientes antagonismos, manifestó su aversión al riesgo y recobró su identidad original de partido moderado, aceptando —bajo protesta— los resultados electorales oficiales (Loaeza, 2000: 22).

El Compromiso es una invitación a la negociación. Su importancia reside en que define a Acción Nacional como el fiel de la balanza, esto es, el partido se ofrecía como interlocutor del gobierno electo, además de que tomaba la iniciativa frente a la oposición neocardenista, renuente a cualquier contacto con Salinas.¹⁸ Según Loaeza (1999: 413-414), la “situación

¹⁷ Manuel J. Clouthier era un líder muy carismático que pereció en un accidente automovilístico el 10. de octubre de 1989.

¹⁸ Años después, en una entrevista, se supo de una reunión privada entre Cuauh-

de emergencia política” producto de la accidentada elección presidencial, fue la oportunidad para que el PAN mostrara una capacidad de influencia en el gobierno sin precedentes.

Elecciones de 1989
Mapa 1.2 Mapa Electoral por Estados



La importancia del *Compromiso* es que se trata del primer paso en el ejercicio de esa “capacidad de influencia”. Como resultado se demostró con el hecho de que por primera vez en la historia del país se da la alternancia política a nivel estatal, el Partido Acción Nacional obtiene la gubernatura de Baja California con más del 52.3% de la votación, seguido por el PRI con 41.8% del total

La influencia de Acción Nacional fue palpable sobre todo en el terreno electoral, donde su proyecto orientó el diseño del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (Cofipe) en 1990 y se impuso en las reformas de 1993 y 1994. El PAN concentró en la reforma electoral la mayor parte de sus recursos, y ésta fue el objetivo prioritario de la alianza

témoc Cárdenas y Carlos Salinas, antes de la toma de su posesión. Salinas propuso un análisis de las 55000 actas de casilla para darle “certidumbre y clarificación sobre los resultados de la elección” (Castañeda, 1999: 274-275).

que estableció con el presidente Salinas. A ese objetivo quedó subordinada cualquier otra meta.

En el Compromiso se señalaba que:

El poder que se constituirá con base en los resultados oficiales del proceso electoral, aprobados sólo con los votos favorables de los miembros priistas del Colegio Electoral, únicamente podrá legitimarse ante los mexicanos con el buen ejercicio del poder mismo y, en especial y de manera inmediata, con la conducta que demuestre con los primeros comicios bajo su total responsabilidad que serán los de Jalisco, Guanajuato, San Luis Potosí y Zacatecas (*Proceso*, núm. 629, 21 de noviembre de 1988).

De acuerdo con el Compromiso, el gobierno que asumía estaba carente de legitimidad de origen, pero le ofrecía al mismo una legitimidad secundaria que podía conquistar si se asumía como “gobierno de transición, comprometido con la democratización, el pluralismo, la justicia social y la soberanía nacional”.

Este planteamiento colocó al partido en el terreno del pragmatismo puro y duro: ante una situación de facto, opuso una política brutalmente realista que justificó con el argumento de que Carlos Salinas “de todos modos tomaría posesión del cargo”. La línea de acción del PAN fue una salida pragmática a lo que el partido juzgaba una situación de emergencia (Loaeza, 1999: 475).

La agenda de temas propuestos estaba delimitada a tres rubros: política económica y social, política educativa y democracia política. Este último rubro tiene particular importancia debido al contexto político antes mencionado, y es por ello que se dedica un espacio concreto a un asunto vital para el PAN: la modificación de la ley electoral y de los ordenamientos constitucionales correspondientes, para alcanzar objetivos como los siguientes:

- La recuperación del control de la constitucionalidad en materia electoral para la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- La elaboración de un padrón electoral confiable y eficaz, bajo el control de los partidos políticos en todas sus etapas.
- La prohibición de utilizar indebidamente los recursos del erario público o el empleo de servidores públicos para fines partidistas.
- La definición de la función y las responsabilidades de los medios de información y comunicación en materia política (*idem*).

La dirigencia del PAN, a través del Compromiso, se situaba en una posición de fuerza. Los 101 diputados obtenidos en 1988 por el partido en la Cámara Baja (el 20.2% de los escaños) significaban su más alta cuota histórica de representación. El PRI, se ha señalado ya, alcanzó una mayoría absoluta de 260 diputados, además de que había perdido la mayoría calificada en la Cámara de Diputados.

Bajo estas circunstancias, Salinas requería un aliado para legitimar su gestión, un “socio” que le acompañara en las votaciones en la Cámara baja para sacar adelante su proyecto de gobierno. Por pragmatismo, también por coincidencia en varios puntos de la agenda política, el aliado estratégico del PRI durante el sexenio sería el PAN.

Vale destacar la relevancia de este hecho, pues el gobierno ya no estaría en posición de otorgar lo que quisiera, como en buena medida era la situación de anteriores esfuerzos reformistas; ahora resultaba imprescindible acordar. Este es un cambio significativo en la dinámica política del país, que bien puede enmarcarse en el paso de la liberalización a la democratización. Pero esta necesidad negociadora y de alianza estratégica con uno solo de los partidos fuertes, el PAN, respondía claramente a la búsqueda de una solución óptima para el gobierno salinista: dividir y vencer a la oposición, atrayendo a una parte y reprimiendo a la otra. Ese es el sentido de la diversidad de incentivos que requieren las oposiciones en un proceso de transición prolongada. Por su parte, Todd A. Eisenstadt menciona que:

Un partido que busca el patronazgo, [añadimos como el PAN], está dispuesto a participar con las reglas del régimen autoritario consiguiendo a cambio, puestos de gobierno, fondos públicos y otros recursos, manteniendo como objetivo final democratizar el sistema electoral; un partido antirrégimen, como el PRD, rechaza participar en las instituciones que considera autoritarias y busca derrotarlas, usando movilizaciones y protestas (2001: 95-96 y 104-105).¹⁹

¹⁹ De hecho, uno de los principales obstáculos que el PRD visualizó para un entendimiento con el gobierno federal en torno a la reforma electoral, fue la realización de elecciones estatales. Por ejemplo, el 6 de julio de 1989, un año después de la elección presidencial controvertida, el PRD condicionaba su participación en las pláticas de la reforma al respeto del que consideraba su triunfo en Michoacán. Tres días después, un diputado perredista declaraba: “de no rectificar el fraude que se está haciendo con el voto de los michoacanos, el PRD no participará en el proceso de reforma electoral” (*Unomásuno*, 7 de julio de 1989). El 10 de julio, la dirigencia nacional del PRD anunciaba: “si el gobierno no muestra voluntad para respetar el voto ciudadano, menos la tendrá para emprender una reforma política” (*La Jornada*, 10 y 11 de julio de 1989).

De hecho, uno de los principales obstáculos que el PRD visualizó para un entendimiento con el gobierno federal en torno a la reforma electoral, fue la realización de elecciones estatales. Por ejemplo, el 6 de julio de 1989, un año después de la elección presidencial controvertida, el PRD condicionaba su participación en las pláticas de la reforma al respeto del que consideraba su triunfo en Michoacán. Tres días después, un diputado perredista declaraba: “De no rectificar el fraude que se está haciendo con el voto de los michoacanos, el PRD no participará en el proceso de reforma electoral” (*Unomásuno*, 7 de julio de 1989). El 10 de julio, la dirigencia nacional del PRD anunciaba: “Si el gobierno no muestra voluntad para respetar el voto ciudadano, menos la tendrá para emprender una reforma política” (*La Jornada*, 10 y 11 de julio de 1989).

Como señala Eisenstadt (*idem*), los partidos de oposición en un contexto autoritario, no necesariamente actúan con preferencias puras, es decir, pueden combinar características de varios tipos. Por ejemplo, el PRD no rechazaba participar en las instituciones autoritarias, aunque en el discurso oficial las impugnaba constantemente negando los beneficios de cualquier cambio, sin embargo, finalmente las aceptaba de facto aunque fuera por ausencia o bajo protesta.

Las declaraciones de Luis H. Álvarez, presidente del PAN, después de darse a conocer el resultado de la calificación presidencial, son elocuentes del cambio de actitud mencionado:

*Hemos señalado que estaremos ante un gobierno de facto, cosa que finalmente han aceptado también las demás fuerzas políticas.*²⁰ Lo que aquí ha ocurrido, y constituye algo desusado, es que quien así ha sido calificado acepta que los planteamientos de un verdadero partido de oposición son dignos de tomarse en cuenta y, en este sentido, creo que se hace a un lado la prepotencia y arrogancia que han caracterizado a quienes han ocupado la primera magistratura (*Proceso*, núm. 630, 28 de noviembre de 1988).

En cuanto a la oposición neocardenista, parecía evidente la dificultad para que pudiera fungir como aliado del gobierno entrante. En primer lugar, porque desde la creación de la Corriente Democrática y después, a lo largo de la campaña electoral, Cuauhtémoc Cárdenas se empeñó en señalar las desviaciones del proyecto histórico de la Revolución mexicana prevalecientes en el gobierno del entonces presidente De la Madrid, y acusó varias veces a Salinas de representar su continuidad. Es decir, no había

²⁰ Énfasis añadido.

coincidencia en el proyecto de país, tampoco existía una relación entre los candidatos.

En segundo término, la postura adoptada por Cárdenas —primero, la proposición de “limpiar” la elección, y posteriormente, la “necesidad” de la renuncia de Salinas—, impidió cualquier posibilidad de entendimiento. El candidato del FDN no reconoció la autoridad del nuevo presidente, cerró las vías de comunicación con sus enviados y mantuvo la beligerancia.

Puede verse en estas actitudes el germen del juego político dividido en dos pistas, entre el gobierno y la oposición, y al seno de esta misma. En el primer caso, el gobierno enfatizaría su relación con el PAN, mientras con el naciente PRD la tónica sería la confrontación. En el segundo, el PRD buscaría tener coincidencias con Acción Nacional, mientras que éste utilizó dicho acercamiento para presionar al gobierno para favorecer el cumplimiento —aunque fuese parcial— de sus demandas políticas.

Del Compromiso emitido por la dirigencia panista, Cárdenas estableció distancia, en lo que sería su discurso permanente para calificar el acercamiento entre el PAN y el gobierno durante los siguientes años:

Yo creo que lo que el gobierno está tratando de hacer es presentar el documento del PAN como un documento en el que toda la oposición está de acuerdo, lo cual no es cierto y, por otro lado, como una claudicación de las posiciones fundamentales que han venido sosteniendo los partidos de oposición, lo cual no es el caso del FDN... Pero el PAN y el gobierno están del mismo lado y representan las mismas fuerzas políticas e ideológicas (*idem*).

Sin embargo, a pesar de la oposición de Cárdenas, con el Compromiso propuesto por Acción Nacional se inicia la reforma electoral. En su toma de posesión, el 1o. de diciembre de 1988, Salinas de Gortari pronunció un mensaje a la nación en el que convocaba a la construcción de tres nuevos acuerdos nacionales que constituyeron los ejes de una eficaz estrategia de legitimación: “Acuerdo Nacional para la Recuperación Económica y la Estabilidad”, “Acuerdo Nacional para el Mejoramiento Productivo del Bienestar Popular” y “Acuerdo Nacional para la Ampliación de la Vida Democrática”. Dicha estrategia no era resultado, como en la etapa de liberalización, de la capacidad previsora del gobierno, sino surge como una respuesta a un contexto de una fuerte presión social y política interna, a la que se añade una vigilante opinión pública internacional.

De los Acuerdos, destacaba el último porque estaba ligado directamente con la necesidad de obtener legitimidad mediante las reformas

electorales. Reconociendo la existencia de un nuevo equilibrio en la vida política nacional, Salinas proponía que el Acuerdo perfeccionara los procedimientos electorales, actualizara el régimen de partidos y modernizara las prácticas de los actores políticos, incluido el gobierno.

El camino quedó allanado. El PAN le tomó la palabra y su dirigencia acudió al día siguiente de la toma de posesión a una cita en Los Pinos, la residencia oficial del presidente, para definir los pasos siguientes.

En la negociación de la reforma, cada partido tuvo sus prioridades: mientras que para el PRI era la integración de la Cámara de Diputados, esclareciendo el porcentaje de votación con el cual mantener la “gobernabilidad”, para el PAN y el PRD lo fundamental era la integración de las instancias electorales, pues sería una garantía de procesos electorales imparciales y limpios.

En la pista intrapartidaria del juego político dividido, la oposición llegaba a acuerdos preliminares sobre aspectos puntuales sin que las dos principales fuerzas de oposición, PAN y PRD, llegaran a un consenso integral. Tal sería el caso de la “Declaración Parlamentaria sobre la Reforma Electoral” (6 de septiembre de 1989) en la que las fracciones del PAN, PRD, Partido Auténtico de la Revolución Mexicana (PARM) y diputados independientes concluyeron:

Los organismos electorales, en todos los niveles, deben ser imparciales y autónomos de cualquier fuerza política y de los poderes públicos. Ninguna de ellas debe prevalecer mediante mayoría directa e indirecta, o de cualquier otro modo, ni a través de frentes, coaliciones o alianzas políticas (*La Jornada*, 7 de septiembre de 1989).

El intento mejor logrado de consensuar una propuesta opositora entre el PAN y el PRD, se dio con un texto común acerca de los organismos electorales (*La Jornada*, 13 de septiembre de 1989). Ambos partidos proponían la creación de un Consejo Federal Electoral, organismo público, autónomo, permanente y con personalidad jurídica y patrimonio propios. Quedaría integrado por consejeros acreditados por las cámaras del Congreso de la Unión, representantes de los “ciudadanos” y los partidos políticos.

Los consejeros representantes de los “ciudadanos” serían los garantes de la imparcialidad, evitando se formara una mayoría predeterminada directa o indirectamente. Además, se hacía referencia a la creación del Tribunal Federal Electoral, que tendría en sus manos el control de la legalidad del proceso electoral y la calificación de las elecciones de los poderes Ejecutivo y Legislativo. Las resoluciones del Tribunal tendrían el carácter de definitivas e inatacables.

El acuerdo anterior no tuvo efecto legal, en razón de que la otra pista del juego político dividido se impuso. Conforme a la información de la prensa, en negociaciones privadas entre el PAN y el gobierno federal, se llegó a otro acuerdo para presentar una iniciativa conjunta de modificaciones constitucionales, con el compromiso del segundo de respetar lo pactado sobre los organismos electorales, esto es, asegurar su imparcialidad. De hecho, para la dirigencia de Acción Nacional lo importante era una integración balanceada de la instancia organizadora de las elecciones, la creación de un Registro Nacional Ciudadano y un peso significativamente distinto a las resoluciones del Tribunal Electoral.

El compromiso signado entre ambas partes, al cual se le conoció como Carta de Intención, elaborado el 14 de octubre de 1989, fue dado a conocer siete días después en la prensa. En la Carta se establecen las “Bases y criterios fundamentales que deberán respetarse en la ley electoral”, pues si bien el PRI requería la concurrencia del PAN para votar los cambios constitucionales, para la aprobación de la ley secundaria le bastaban sus propios votos. En este sentido, la Carta era el compromiso directo del presidente Salinas de que los cambios acordados iban a ser respetados.

En términos generales, la Carta de Intención contiene elementos para la reglamentación de tres temas clave: la integración de los organismos electorales, los lineamientos para la creación de un Tribunal Federal Electoral y la integración de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal (ARDF). En cuanto a los organismos electorales, solo había una referencia a los requisitos y forma de designación de los consejeros magistrados, así como el criterio numérico para la representación partidaria en los órganos de dirección en los ámbitos federal, estatal y distrital, criterio retomado —con cambios— de la propuesta original del PAN. Se hace notar que el órgano superior de dirección será presidido por el secretario de gobernación con derecho a voz, no a voto, pero sí a veto recurrible ante el Tribunal. Los consejeros magistrados tendrían derecho, de igual modo que los representantes de los partidos políticos, a voz y voto (*La Jornada*, 21 de octubre de 1989).

Con algunas modificaciones, la Carta sería la base para la nueva ley electoral. Hay que hacer notar que la presencia del secretario de gobernación hacía que el nuevo organismo siguiera manteniendo un vínculo directo con el Poder Ejecutivo.

Las votaciones en la Cámara de Diputados de las reformas constitucionales, en primera instancia, y del Código Federal del Instituciones y Procedimientos Electorales (Cofipe) después, expresaron las tensiones y divergencias entre las fuerzas políticas al interior de la Cámara de Diputados, sobre todo a raíz del compromiso que implicaba la Carta.

Las modificaciones a la Constitución, realizadas a mediados de octubre de 1989, contaron con la aprobación de 346 diputados del PRI y del PAN, con lo que se obtuvo las dos terceras partes de los legisladores presentes. Quienes votaron en contra, 70, eran miembros de las restantes fracciones parlamentarias (*La Jornada*, 18 y 19 de octubre de 1989). La votación de la nueva ley electoral mostró mayor disparidad: 369 votos a favor, de los grupos parlamentarios del PAN, PRI, PPS, PFCRN y PARM, y 65 en contra, de las fracciones parlamentarias del PRD e independientes, y 29 diputados miembros de Acción Nacional (*La Jornada*, 16 de julio de 1990).²¹

Es importante señalar que con esta reforma se crean dos instituciones fundamentales para el funcionamiento de una democracia electoral en México: el Instituto Federal Electoral (IFE) y el Tribunal Federal Electoral (Trife). En este sentido José Woldenberg (2012) destaca las características más importantes de estas instituciones.²²

²¹ El sector parlamentario del PAN que votó en contra de la nueva ley electoral argumentó que el Código Federal del Instituciones y Procedimientos Electorales (Cofipe) no garantizaba el respeto pleno al sufragio en tanto no atendía los elementos primordiales del proyecto original de ley que el PAN presentó al debate. Este sector parlamentario era la semilla de la oposición interna panista que pronto adquirió nombre, Foro Doctrinario y Democrático (FDD), el cual apareció públicamente el 19 de Marzo de 1990 bajo la tutela de cinco destacados militantes: los excandidatos a la presidencia José Ángel Conchello, José González Torres y Pablo Emilio Madero, y los exsecretarios generales Jesús González Schmall y Bernardo Bátiz. La primera divergencia que sostuvieron con la dirigencia nacional se relaciona justamente con la negociación de la reforma electoral. Al respecto, véase Carlos Arriola (1994a).

²² Creación del Instituto Federal Electoral (IFE). Órgano del Estado, autónomo, estructura descentralizada y cuenta con servicio civil de carrera; el Consejo General (máxima autoridad) presidida por el secretario de gobernación, (poder ejecutivo) cuatro representantes del poder legislativo, dos diputados, uno de la mayoría y uno de la primera minoría, representantes de los partidos políticos de manera proporcional (4 máximo), y la figura de los consejeros magistrados nombrados por la mayoría calificada de la cámara de diputados a propuesta del presidente de la república, el director general y secretario general del IFE; La Junta General Ejecutiva, órgano colegiado del IFE compuesto por los titulares de las áreas sustantivas del IFE; Consejos locales y distritales formados por ciudadanos.

Creación del Trife con facultades mayores a su predecesor. Compuesto por una sala superior y salas regionales donde resolvería en una sola instancia en sesiones públicas. Creación del Registro federal de Electores encargado de elaborar desde cero un listado de electores potenciales.

En la Cámara de Diputados ningún partido podía tener más de 350 diputados y el partido beneficiado de la cláusula de gobernabilidad debía tener por lo menos el 35% de la votación y contar con el mayor número de cartas de mayoría. También se agregó que

Las reacciones frente a la nueva ley electoral fueron diferentes. La fracción parlamentaria de Acción Nacional evaluaba positivamente el esfuerzo negociador de las partes interesadas, y consideraba al nuevo Código una “mejor garantía para la efectividad del sufragio”. En un desplegado publicado en la prensa, se enumeraban los logros conseguidos por el PAN, entre los que destacan el establecimiento de la figura del registro condicionado, la integración del Consejo General del Instituto Federal Electoral (IFE), el nombramiento del director general del Instituto y la reducción en los plazos de entrega de los paquetes electorales en los Consejos Distritales. Y concluía con la siguiente afirmación que bien puede leerse desde la lógica de los “beneficios mínimos”: “Somos concientes de lo que faltó por obtener, pero esto no puede imputarse a Acción Nacional. Estuvimos en contacto constante con diversos grupos oficiales y fuerzas políticas... lo que obtuvimos, beneficiará a todos, incluso a quienes, dadas las circunstancias, ejerzan la oposición donde Acción Nacional ejerce el poder” (*La Jornada*, 19 de julio de 1990).

Por su parte, el grupo parlamentario del PRD en la Cámara de Diputados, que se negó a pactar con el gobierno, unos meses antes de la aprobación de la nueva ley publicó un desplegado de prensa en el que argumenta en contra del proyecto del PRI. Era, de hecho, una especie de “razonamiento del voto” anticipado. En el desplegado se afirmaba que el Consejo General del IFE, integrado por 15 personas designadas por el “oficialismo” y 10 nombradas por otras entidades, hacía imposible la imparcialidad de la nueva organización electoral: “De esta forma, toda la organización de las elecciones estará a cargo de funcionarios nombrados por el gobierno, que en México responde actualmente a los exclusivos intereses de un partido, el PRI” (*La Jornada*, 19 de mayo de 1990). Y proponía una salida, en el marco de las reformas constitucionales aprobadas por el PRI y el PAN el año anterior: que el organismo electoral se integrara solo con dos consejeros magistrados, y un representante por cada partido político con registro.

por cada punto porcentual por encima de 35, el partido recibiría dos diputados plurinominales más, un 0.4% del total.

Se introdujo un nuevo registro condicionado para los nuevos partidos y se establecieron cuatro rubros de financiamiento para éstos: por actividad electoral, por actividades generales por subrogación que haría el estado de las contribuciones que hacían los legisladores para sostener los partidos, y por actividades específicas que constituía un reembolso hasta del 50% por actividades editoriales, de investigación y educación cívica. Además se suprimieron las asociaciones políticas y se eliminaron las candidaturas comunes (Wol-denber, 2012).

Salinas, hábilmente, mostraba al PRD como el único partido que votó en contra de la nueva ley electoral. La imagen de una legislación aprobada por un acuerdo mayoritario fue uno de los triunfos políticos del presidente Salinas, parte del juego político dividido. Además, los resultados de la votación mostraban que Acción Nacional era el actor privilegiado y el PRD actor prescindible.

Elecciones de 1991
Mapa 1.3 Mapa electoral por estados



En 1991 el PAN obtiene su segunda gubernatura una elección controvertida por su resultado, a partir del cual se generó un conflicto poselectoral. Después de una negociación entre el PRI y el PAN, es designado como gobernador el panista Carlos Medina Plascencia.

Cuadro 4. Votación para diputados y número de escaños obtenidos por partido

Partidos	Votación	%	Escaños	%
PAN	4,071,191	16.8	89	17.8
PRI	14,158,697	58.5	320	64.0
PRD	1,913,331	7.9	41	8.2
PPS	414,958	1.7	12	2.4
PFCRN	998,942	4.1	23	4.6
PT	260,266	1.1	-	-
PVEM	332,603	1.4	-	-
PDM	249,915	1.0	-	-
PARM	492,853	2.0	15	3.0
PRT	136,341	0.6	-	-
Total	24,212,040	100.0	500	100.0

Fuente: Disco compacto México Electoral, Banamex, 2001

Cuadro 5. Composición de la Cámara de Senadores

Tipo	PAN	PRI	PRD	Total
6 años	1	31	-	32
3 años	0	30	2	32

Fuente: Disco compacto México Electoral, Banamex, 2001

2. La reforma de 1993

Tres años después de la aprobación del Código Federal del Instituciones y Procedimientos Electorales (Cofipe), se negocia una nueva reforma a la normatividad electoral. Las condiciones enfrentadas por el primer mandatario eran distintas a las de 1988, en parte gracias al despliegue de un amplio programa de combate a la pobreza denominado Programa Nacional de Solidaridad (Pronasol), la promoción de un proyecto de modernización que se presumía exitoso, con reconocimiento internacional, y una intensa campaña de recuperación de su imagen. Estas permitieron que Carlos Salinas se encontrara en uno de los mejores momentos de su sexenio.

No obstante la recuperación de la votación a favor del PRI, particularmente la proveniente de distritos urbanos, en términos de sus efectos sobre la conformación de la Cámara de Diputados, este partido aumentó a 320 escaños, sin embargo fueron 15 menos de los requeridos para cons-

tituir la mayoría calificada (dos terceras partes). Esta situación lo colocó nuevamente ante la necesidad de celebrar alianzas para la aprobación de reformas constitucionales, aunque en esta ocasión el número de votos requeridos fuese mucho menor que el de la legislatura anterior.²³

A pesar de los avances logrados, la capacidad del sistema electoral para procesar comicios competidos y generar experiencias de alternancia política permanecía aún como una gran interrogante. Los conflictos poselectorales, una de las fuentes del enfrentamiento entre el presidente Salinas y el PRD, le inyectarían vida a esta duda, principalmente los suscitados en Michoacán (1989), San Luis Potosí y Guanajuato (1991).

Los problemas presentados en las elecciones en Michoacán llevaron a afirmar al corresponsal del diario *The New York Times*, que en México se practicaba una especie de “democracia selectiva”:

En una maniobra ampliamente criticada de ‘democracia selectiva’, el gobierno mexicano no le concedió la victoria a la oposición de izquierda en un estado [Michoacán], mientras sí se lo otorgó a un partido de derecha en otro [Baja California]... ello ha disminuido las demostraciones de apoyo y admiración que se dieron a Salinas después de que su partido reconoció *públicamente*, y *por primera vez en 60 años*, que la oposición había ganado en Guanajuato (*La Jornada*, 12 de julio de 1989).²⁴

En este contexto complejo, la negociación de la nueva reforma dio inicio formal con la lectura del Cuarto Informe de Gobierno de Carlos Salinas. En su evaluación, el Ejecutivo consideraba que cumplía con el empeño democratizador demandado por la sociedad, el cual se traducía en hechos: la expedición de una nueva credencial para votar con fotografía, una de las exigencias para tener un padrón confiable, y del estatuto del Servicio Profesional Electoral, así como el ejercicio de las prerrogativas de los partidos políticos. El cambio político había avanzado. Pero el mismo Salinas, en su informe presidencial, apuntaba que era necesario continuar por la vía de la reforma electoral:

Si los partidos políticos consideran que es necesario adecuar la legislación electoral, adelante. Mientras construyen sus consensos, propongo que avan-

²³ Hay que destacar, que la participación creció en relación a la última elección y que el PRI se recuperó cuantitativamente en aproximadamente 5 000 000 votos, así como proporcionalmente incrementó su presencia en la cámara entre 6 y 7 %.

²⁴ Cursivas agregadas. A esta “maniobra”, que beneficiaba al PAN en detrimento del PRD, se le llamó *concertación*, o sea, la combinación de las palabras *concertar* y *ceder*.

ce mos en tres aspectos fundamentales de la reforma política: hacer transparente el origen del financiamiento de los partidos; poner to pes a los costos de las campañas electorales, y trabajar en torno a los medios de comunicación y a los procedimientos que garanticen avances en la imparcialidad de los procesos electorales (Salinas, 1992).

Sin embargo, hubo límites a la agenda de la discusión en las dos primeras propuestas que al respecto presentó el partido oficial. En la primera de ellas, sin prever cambios a la Constitución, se limitaba a los “tres aspectos fundamentales” del discurso presidencial; en la segunda, se agregan algunos temas novedosos, pero se dejan de lado los asuntos que causaban inconformidad en los principales partidos políticos de oposición: la llamada “cláusula de gobernabilidad”, explican la integración de los órganos electorales y del Senado, y los colegios electorales (*La Jornada*, 25 de mayo de 1993 y 15 de junio de 1993).

De la inconformidad del PAN y del PRD en relación con las propuestas del PRI, surge una nueva propuesta de este partido, que esboza los principales términos en que se acordaría la reforma: creación de una nueva senaduría para la segunda fuerza política en cada entidad y eliminación de la “cláusula de gobernabilidad” en la integración de la Cámara de Diputados, al establecer un to pe de 63% de diputados para el partido mayoritario (*La Jornada*, 8 de julio de 1993). Con estos cambios, finalmente el PRI aceptaba —por primera vez— modificar la Constitución.

El juego político dividido interpartidario se concretó en dos momentos. En el primero, PAN y PRD emitieron un comunicado conjunto en el que *detallaban 11 aspectos* para lograr una reforma electoral “seria” (27 de junio) (*La Jornada*, 28 de junio de 1993). En un segundo momento, llegaron a un acuerdo para definir una “agenda democrática” y buscar una vía de diálogo con el gobierno y el PRI (29 de junio) (*La Jornada*, 30 de junio de 1993).

No obstante, como había ocurrido en la pasada negociación, se impuso la otra pista del juego político dividido. El PAN, a los pocos días de presentado este acuerdo con el PRD, llegó a otro con el PRI (10 de agosto), en el que se establecía la modificación a ocho artículos de la Constitución (*La Jornada*, 11 de agosto de 1993), siendo la base para la reforma electoral de 1993. Lo anterior lleva a pensar que la dirigencia de Acción Nacional utilizó sus acercamientos con el PRD para —nuevamente— presionar al gobierno en sentido favorable a sus intereses.

El acuerdo PAN-PRI para aprobar las reformas a la Constitución y al Cofipe, se vio nublado por un conflicto político que estuvo cerca de

romper la alianza entre ellos. El conflicto tuvo dos episodios. En primer lugar, la reforma a la fracción 1a. del artículo 82 constitucional, la cual originalmente establecía como requisito para ser presidente de la República: “Ser ciudadano mexicano por nacimiento, en pleno goce de sus derechos, e hijo de padres mexicanos por nacimiento...” (Constitución, 1994: 66).²⁵

El problema surgió porque en el texto aprobado se pospuso su entrada en vigor hasta el 31 de diciembre de 1999, según el artículo 4o. transitorio del decreto de reforma. De tal forma, la fracción primera reformada quedaba así: “Ser ciudadano mexicano por nacimiento, en pleno goce de sus derechos, hijo de padre o madre mexicanos y haber residido en el país al menos durante veinte años” (*idem*). Para salir de este brete, Acción Nacional amagó con no aprobar la nueva legislación, por lo que fue necesario primero aprobar los cambios a siete artículos de la Constitución (24 y 27 de agosto) para, después de largas discusiones entre los grupos parlamentarios y la intervención directa del presidente Salinas, aprobar el artículo 82 (3 y 8 de septiembre) (*La Jornada*, 25 y 28 de agosto de 1993; 4 y 9 de septiembre de 1993).

El otro episodio que retrasó la concreción de la reforma consistió en la integración de los organismos electorales. La iniciativa de reformas y adiciones al Cofipe establecía dos modificaciones en la integración de los consejos distritales y locales: uno, que a los consejos solo acudirían con voz y voto dos vocales miembros de las juntas distritales y locales (el presidente y el secretario), a diferencia de la disposición hasta entonces vigente, que hacía miembros del Consejo a todos los vocales de las juntas; dos, el número de consejeros ciudadanos se elevaba de seis a nueve, con lo que la balanza se equilibraba —al menos en teoría— entre la representación ciudadana y la del Instituto Federal Electoral (Código, 1994: 98 y 107).

Pero en la redacción que el subsecretario de gobernación puso a consideración de la dirigencia nacional del PAN, se creaba un artículo transito-

²⁵ Esta modificación era una exigencia del PAN, como señala José Woldenberg en su artículo “Otra reforma electoral: Las nubes y la miga”: “La inclusión del 82 en la agenda de la reforma, visto en retrospectiva, significó una sobrecarga innecesaria y costosa a la ya de por sí recargada agenda de la reforma electoral. Apareció súbitamente, al parecer por las presiones que sobre el PAN ejerció una de sus personalidades más fuertes (Vicente Fox), y cuando la dirección de ese partido decidió pasarle el toro al PRI y al gobierno de la República. Más allá del contenido mismo de la reforma... lo cierto es que desató una cantidad de reacciones en contra que acabaron desplazando el hilo lógico de las intenciones del expediente reformista” (Woldenberg, 1993b: V-VIII). También existía recelo de que esa modificación constitucional abriera la oportunidad de aspirar a la Presidencia al entonces secretario de Comercio, Jaime Serra Puche, hijo de españoles exiliados y muy cercano a Carlos Salinas.

rio (el 18) que posponía la entrada en vigor de ambas modificaciones hasta 1997 (septiembre 12) (*La Jornada*, 13 de septiembre de 1993). Después de un nuevo amago del PAN de salirse de la negociación con el gobierno, se llegó a una solución salomónica: la primera modificación entraría en vigor inmediatamente, la segunda hasta 1997. Con ello se salvaba el acuerdo PAN-PRI, tal como lo muestran las votaciones correspondientes.

Una vez aprobados los cambios a la Constitución y al Cofipe, los principales actores del juego político presentaban opiniones divergentes, algunas opuestas entre sí. La marginación del PRD de la aprobación de los cambios en el Congreso ponía en entredicho —una vez más— la voluntad “democratizadora” promovida por el presidente Salinas en su Cuarto Informe de Gobierno, ya que la falta de reconocimiento formal hacia ese partido abría el camino para que continuara su discurso y prácticas deslegitimadoras de las elecciones.

El desplegado publicado en la prensa del grupo parlamentario del PRD en la Cámara de Diputados fue muy duro. Después de enumerar las “grandes cuestiones” que a su juicio la reforma omitió resolver —organismos electorales bajo control del gobierno, conformación no democrática del Congreso de la Unión, calificación electoral inadecuada, restricción de las alianzas y coaliciones, y cancelación de la posibilidad de postular candidatos comunes— argumenta:

La Cámara ha aprobado una reforma electoral más que se suma a las 10 aprobadas en los últimos 82 años. No es acelerando la tasa de crecimiento en la producción de reformas electorales como vamos a recuperar la confianza entre gobernados y gobernantes; no es cambiando mucho para que todo quede igual como vamos a lograr hacer realidad la demanda de sufragio efectivo... Ni las reformas constitucionales aprobadas recientemente, ni las que se introdujeron con posterioridad en el Código... representan una base para la transición democrática del país o para la seguridad y credibilidad ciudadana en las elecciones federales del próximo año (*La Jornada*, 14 de septiembre de 1993).

Sin embargo el presidente Salinas, una vez más, presentó una evaluación positiva en su Quinto Informe de Gobierno, y se refirió a la reforma en estos términos:

Debo destacar que tales reformas fueron aprobadas, en lo general, por el voto favorable de los legisladores de aquellos partidos políticos que representan el 84% de los integrantes de la Cámara de Diputados y el 87% de los miembros del Senado de la República (Salinas, 1993: 26-27).

De nueva cuenta, el discurso presidencial recurre a la votación obtenida en ambas Cámaras para justificar la conclusión de la reforma electoral, y relativizar el hecho, políticamente importante, de que la tercera fuerza política, el PRD, no participara en el proceso de aprobación de los cambios constitucionales y a la ley reglamentaria. Más aún, el presidente minimiza esta situación con el argumento de que los “mayores grados de consenso” y el “mayor debate” son expresión “natural en una sociedad en plena transformación y en un Congreso que expresa las fuerzas, los pesos y las diversas posiciones de un México plural” (*ibidem*: 26).

Salinas daba por terminado el ciclo de las reformas electorales. El panorama era visto, desde su perspectiva, de manera optimista:

Ha concluido así esta etapa de reformas... El próximo año se realizarán elecciones federales para Presidente de la República, diputados y senadores de acuerdo con el nuevo texto constitucional. Hoy, por las reformas, el panorama apunta hacia un régimen de partidos fortalecido. La ciudadanía ha visto ampliada sus opciones... Todos, con sus acciones, han contribuido a la reforma democrática de México (*idem*).

El optimismo lo compartía la dirigencia de Acción Nacional. Pocos días después de aprobadas las reformas al Cofipe, Carlos Castillo Peraza, su líder nacional, dijo:

La razonabilidad de lo que nosotros postulamos acabó por prevalecer... Esto no quiere decir que para nosotros sea el fin de la tarea; el contrario: a la victoria cultural debe seguirle la victoria política. Estamos trabajando porque las rectificaciones que ha habido no son totalmente como nosotros hubiéramos querido, pero sí marcan una tendencia en el país (*La Jornada*, 20 de septiembre de 1993).

Es de notarse que el propósito de la reforma era evitar cualquier riesgo de crisis ante la inminencia de los próximos comicios presidenciales en 1994. Por tanto, la anuencia del PAN era indispensable para sacar adelante los cambios requeridos, por lo que se había legitimado como actor negociador para el gobierno. La marginación del PRD, en esa tesitura, adquiriría un significado preciso: la exclusión todavía se practicaba en un periodo de incertidumbre política.

En resumen, las reformas de 1989-1990 y 1993 pueden ser caracterizadas como de juego político dividido en dos pistas, pues el trato dado y recibido por el PAN y el PRD en su relación con el régimen es diferen-

ciado, como se aprecia en la interlocución permanente con el primero y la confrontación constante con el segundo. Según Antonio Camou, las estrategias de la oposición fueron claramente disímiles:

De un lado teníamos las estrategias ‘oposicionistas’ del PRD, las cuales combinaban la participación en procesos electorales que impugnaban junto con el liderazgo de la protesta social por diversos mecanismos de desobediencia civil; mientras que de otro lado encontrábamos las tácticas, más moderadas, (más moderadas o más pragmáticas) del PAN, que negociaba con el gobierno salinista aspectos fundamentales de la normativa electoral y también impulsaba acciones de protesta y reclamos postelectorales en aquellos estados donde tenía altas probabilidades de ganar en contiendas electorales abiertas (Camou, 2000: 240).

Por su parte, Jean François Prud’homme (1996: 109, 118-119) distingue también estas estrategias del siguiente modo. En la negociación de la reforma de 1989-1990, tenemos cooperación legislativa entre PRI y PAN, puesta a prueba por el desenlace de elecciones locales, estatales y federales; una oposición de tipo suma cero entre PRI y PRD, lo que lleva al predominio de estrategias de confrontación, y coincidencias tácticas episódicas entre PAN y PRD, que no logran producir resultados políticos concretos. En la negociación de la reforma de 1993, llega a su culminación el sistema de cooperación PRI-PAN; como consecuencia de ello, el PAN se encuentra en necesidad de enfatizar sus diferencias con el gobierno, y el PRD empieza a tener dificultades para justificar su estrategia de confrontación.

Así, si bien estas reformas son el inicio de un tránsito prolongado a la democracia, lo hacen limitadamente. En otros términos, el momento de las reformas “bilateral-defensivas” es el de la transición acotada. En palabras de Alcocer, de todas las reformas aprobadas desde 1977:

La menos analizada, la menos valorada, (es) precisamente la reforma aprobada por PAN y PRI en 1993, y sin embargo, pese a los cambios de fondo que a los pocos meses de aprobada se estarían realizando, cabe señalar que, en vista de sus contenidos, es equiparable a la de 1990, y analizada en perspectiva, significó el fin de la segunda etapa del ciclo de reformas de que hemos venido hablando (la etapa bilateral-defensiva) (Alcocer, 1996a: 9-10).

Es decir, en un periodo de transición, en el que las reglas del juego político se estaban transformando, se requería de la participación de todos los actores a fin de darle legitimidad al mismo. Es en este punto donde se

encuentra la tensión entre liberalización y democratización: entre la capacidad de control y dirección del ejecutivo, que negocia con una sola de las partes a conveniencia, y la pluralidad política, que requiere la inclusión de todos los actores de la contienda electoral.

VI. LA CULMINACIÓN DE LA TRANSICIÓN: LA DEMOCRATIZACIÓN

La reforma inesperada (1994)

Al finalizar el año de 1993, el escenario político se caracterizaba por la culminación de un periodo de reformas con estabilidad política, y un clímax de optimismo oficial por la recuperación de la legitimidad presidencial, sobre todo después de la firma del Tratado de Libre Comercio con América del Norte (TLCAN).

Al comienzo de 1994, este clima favorable cambió repentinamente. El 1o. de enero, el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) se alzó en armas y tomó las ciudades de San Cristóbal de las Casas, Ocosingo, Altamirano y Las Margaritas, en Chiapas. El EZLN proclamaba luchar contra el ejército mexicano por ser el pilar de la dictadura encarnada por el PRI y su jefe máximo, Carlos Salinas. Después de diez días de combates y movilizaciones de protesta por el uso de la fuerza contra los rebeldes, el presidente Salinas ordena al ejército mexicano el cese unilateral del fuego (12 de enero) (Arriola, 1994b). A partir de ese suceso, se desencadenan una serie de hechos igualmente inéditos que marcan este año: la disputa del comisionado por la paz en Chiapas, Manuel Camacho, con el candidato del PRI, Luis Donaldo Colosio; el asesinato de este último y la posterior designación de un candidato sustituto, Ernesto Zedillo, y el asesinato del secretario general del PRI, José Francisco Ruiz Massieu, en septiembre del mismo año, quien se perfilaba como coordinador parlamentario del PRI en la Cámara de Diputados. Otros acontecimientos importantes que permearon el proceso electoral fueron las conversaciones de paz que se establecen entre el gobierno federal y el EZLN, y la celebración de una Convención Nacional Democrática (CND), con la participación de los zapatistas y de organizaciones integrantes de la “sociedad civil”.

En este contexto de crisis política aguda, por iniciativa del recién nombrado secretario de gobernación, Jorge Carpizo, ocho de los nueve candidatos presidenciales en aquél momento, incluido el del PRD, signan

el 27 de enero el Compromiso por la Paz, la Democracia y la Justicia.²⁶ Este acto muestra el alto grado de consenso entre la clase política y los partidos de buscar salidas institucionales a una situación inédita que implicaba el riesgo de la extensión y prolongación de la lucha armada. Este fue un hecho muy importante que definió el futuro político de México, cerrando la vía violenta y abriéndole el paso, por vez primera en su historia independiente, al cambio político a través de la democratización.

La negociación y los acuerdos de los actores políticos fueron posibles porque tanto el gobierno como la oposición, lograron un referente común: la normatividad democrática consagrada en la Constitución, en relación con el principio de la soberanía popular y el respeto al voto como medio de acceso al poder. Este referente jurídico ofreció en momentos de crisis, como en 1988 y 1994, una alternativa al cambio por la vía no violenta: las reformas electorales.

En el Compromiso se encuentra el quid de las modificaciones futuras, pues se pedía: Imparcialidad de las autoridades electorales, eligiendo o ratificando para cada uno de los niveles a ciudadanos aptos, imparciales y honestos. El criterio que guiará el nombramiento o ratificación citados será el de la consulta y el consenso entre las fuerzas políticas.

Además, se acordaba que si para aplicar decisiones en materia electoral era necesario recurrir a adecuaciones legales, “se procederá al efecto, previo consenso de los partidos firmantes, convocando a través de nuestros representantes populares, en términos de ley, a un periodo extraordinario de sesiones del Congreso” (*La Jornada*, 28 de enero de 1994). Esta dimensión consensual acercaba al Compromiso a una negociación incluyente entre las tres fuerzas políticas mayoritarias.

Algunos de los puntos más importantes mencionados en el Compromiso eran los siguientes: auditoría al padrón electoral, acceso equitativo a los medios de comunicación, creación de la figura de los “visitantes extranjeros”, impedimento al uso de los recursos públicos no autorizados por la ley (en favor de los partidos o de las campañas políticas), enmienda al código penal con el fin de castigar las restricciones a la libertad política y existencia de un fiscal especial para delitos electorales. La credibilidad de los comicios estaba en el centro del debate en aquellos momentos (Medina Peña, 1996: 287-288).

Se trataba de comprometer, a las principales fuerzas políticas, a someterse al veredicto de las urnas, ante la amenaza de una posible mezcla de

²⁶ Únicamente se abstiene de firmar la candidata de un pequeño partido, el PPS, Marcela Lombardo.

protestas electorales y movimientos armados.²⁷ Esta situación la entendió el secretario de gobernación Jorge Carpizo de la siguiente manera:

El gobierno comprendió que los aspectos políticos nacionales, y en ese momento lo más importante era la elección federal de Agosto, debía discutirlos y negociarlos con los interlocutores naturales para ello: los partidos políticos y especialmente con el PRD que cuestionaba tanto el marco jurídico electoral como los órganos electorales (Carpizo, 1995: 15).

Abierta la brecha con el Compromiso, la negociación se desarrolló en cuatro meses entre los dirigentes nacionales del PAN, PRI y PRD y el secretario de gobernación. Pero el consenso no sería meta fácil de conseguir, pues aún estaba vivo el enfrentamiento entre la dirigencia del PRD y el presidente Salinas.²⁸

Dentro del PRD, las divisiones en torno a la negociación de la reforma electoral afloraron. El presidente del partido, Porfirio Muñoz Ledo, días antes de la aprobación constitucional en la Cámara de Diputados, confrontó abiertamente al entonces candidato presidencial, Cuauhtémoc Cárdenas. La divergencia de opiniones entre ambas figuras se hizo clara en un mitin realizado en la explanada del zócalo de la ciudad de México, con motivo del aniversario de la expropiación petrolera (18 de marzo).

En esa ocasión, Muñoz Ledo calificó la reforma en puerta en función de los “avances sustanciales” que contenía: equilibrio ciudadano en los organismos electorales, castigo a prácticas delictivas, designación de funcionarios de casilla más transparente. Y concluyó: “No es ciertamente lo que desearía el PRD, pero es lo que hemos demandado desde 1989”.

Para Cárdenas, en cambio, lo negociado no era satisfactorio:

Reconocemos los esfuerzos que se hicieron, con el mejor ánimo de acuerdo, de manera muy especial por quienes representaron al PRD, que pusieron toda su imaginación y empeño, pero hubo modificaciones fundamentales a las que no pudo llegarse... no puedo avalar una decisión equivocada, que así lo veo, porque eso sería traicionar mis propias convicciones al dejarnos atados, sin la posibilidad siquiera de señalar o denunciar resultados viciados,

²⁷ De hecho, algunos sectores del PRD parecían simpatizar con la guerrilla zapatista.

²⁸ Dicho enfrentamiento había dejado como saldo 250 asesinados y 9 desaparecidos durante el sexenio salinista, todos miembros del PRD, según datos de la Secretaría de Derechos Humanos de ese partido (Ortega Ruiz, 2001: 310-311).

favorezcan a quien favorezcan, que pudieran surgir de una elección conducida con parcialidad (*Proceso* 907, 21 de marzo de 1994).

El disenso manifestaba la debilidad interna del PRD y le restaba méritos como actor político confiable, ya que claramente había dos líneas de política enfrentadas entre sí: la negociadora y la impugnadora. El riesgo de la estrategia inclusiva del gobierno, promovida fundamentalmente por Jorge Carpizo, radicaba en que los acuerdos conseguidos no fuesen respetados al final del camino, esto es, al momento de reconocer los resultados electorales. La declaración de Cárdenas iba en ese sentido.

Las diferencias entre estas dos líneas de política se expresaron no solo en la plaza pública, sino también en las votaciones correspondientes en la Cámara de Diputados. El 23 de marzo se aprobó la reforma constitucional con el voto favorable de los grupos parlamentarios del PAN y PRI; por parte del PRD, solo 18 legisladores se pronunciaron en la misma dirección, mientras otros 17 lo hicieron en contra y 1 se abstuvo (*La Jornada*, 24 de marzo de 1994). El 12 de mayo se aprobó la iniciativa de reformas al Cofipe, con el apoyo de los grupos parlamentarios del PAN, PRI y PARM, y de nueva cuenta los diputados del PRD votaron en direcciones opuestas (*La Jornada*, 13 de mayo de 1994).

Vale la pena destacar el papel jugado por Jorge Carpizo tanto en la negociación del Compromiso como de la reforma misma, siendo el primer ciudadano en ocupar la Secretaría de Gobernación sin ser militante del PRI. Recuérdesse también que en calidad de responsable de la política interior, presidía el Consejo General del IFE, el máximo órgano electoral.

Quizá por esta falta de militancia partidaria, y por las presiones a las que se vio sometido, a 58 días de que se realizaran las elecciones, Jorge Carpizo presentó su renuncia al cargo, arguyendo lo siguiente: “En este cargo, me comprometí a ser imparcial en mi relación con todos los partidos políticos. Estoy empezando a no serlo respecto de uno de ellos, debido a que no estoy y no puedo estar de acuerdo en lo relativo a múltiples actos de algunos de los sectores de ese partido” (*Proceso*, 921, 27 de junio de 1994).²⁹

Carpizo fue el vínculo apropiado para tender los contactos entre el gobierno y el PRD. En gran medida a ello se debe que, a pesar de sus enfrentamientos permanentes con el presidente Salinas, este partido contribuyera firmemente en el momento difícil que se vivió, manteniendo el

²⁹ Según Federico Reyes Heróles, el partido al que se refería Carpizo era el PRI (*Proceso*, núm. 921, 27 de junio de 1994).

respeto por las instituciones en tres vertientes: firmando el Compromiso de enero, negociando y aprobando —con todo y diferencias— la nueva reforma electoral, y avalando —con su participación— la realización pacífica de las elecciones.

Pasadas las elecciones, en las que triunfa el candidato sustituto Ernesto Zedillo, en la lectura de su Sexto Informe de Gobierno, el presidente Salinas mencionó la reforma en los siguientes términos.

Al ampliarse el marco de la participación política, al implantar instrumentos objetivos y reglas imparciales, se elimina una causa de tensión política, y la pluralidad efectiva del país encuentra cauces creativos. La democracia ha avanzado, la sociedad la impulsó y el gobierno ha encauzado hacia ella el camino del país... Hoy, la organización de las elecciones quedó bajo control de ciudadanos independientes, electos por la Cámara de Diputados a propuesta de los grupos parlamentarios representados en ella. Así la organización electoral es más imparcial y autónoma (Salinas, 1994: 56).

Pero el discurso presidencial, donde enfatizaba la eliminación de la tensión política y la apertura de “cauces creativos” por los cuales transcurría la pluralidad del país, no tenía un reflejo fiel en los hechos. En el acto de lectura del informe presidencial, frente las manifestaciones de protesta de diputados del PRD —intentos de interpelación, gritos, pancartas— el presidente declaró poco después a un reducido grupo de reporteros: “Ni los veo ni los oigo”. Más aún, así calificaba al PRD y al PAN:

Hemos visto como el PRD ha perdido terreno, votos. Mientras tanto, el PAN ni se movió, y así estuvo, sin chistar... bueno, es su estilo. Ha estado sentadito, cachando los votos que pierde el PRD... No aprenden, no entienden. Entre más mal se portan, menos votos tienen.

Las reacciones de los partidos aludidos fueron vehementes. Jesús Ortega, coordinador parlamentario del PRD, declaró: “Son las palabras de un dictador, que evidencian lo que se negó a reconocer en todo el sexenio: que en realidad nunca le interesó el diálogo ni la opinión de nuestro partido. Lo único que buscó fue el aniquilamiento del PRD”. Antonio Lozano Gracia, coordinador de los diputados del PAN, dijo: “La opinión del Presidente es falsa e irrespetuosa y requiere una aclaración, porque el trato que Acción Nacional ha dado a las autoridades ha sido de respeto, y obviamente exigimos lo mismo” (*Proceso*, núm. 940, 7 de noviembre de 1994). Mayor prueba de tensión política, aún pasados los comicios presidenciales, no puede hallarse en la coyuntura.

Sin embargo, a pesar del conflicto entre el presidente saliente y el PRD, con la reforma de 1994 entramos de lleno a un nuevo capítulo del proceso político mexicano, en el cual la negociación se presenta en un contexto más amplio, sin exclusiones. La pauta de interacción entre los tres principales actores políticos evoluciona en sentido positivo: se confirma la certeza de la estrategia gradualista de Acción Nacional, mientras que la del PRD oscila ahora entre la cooperación y el conflicto, aunque con tendencia más pronunciada hacia esta última (Prud'homme, 1996: 125).

En esa tesitura, dicha reforma es excepcional en más de un sentido, ya que varía en relación con la lógica prevaleciente en las anteriores. Primero, porque rompe el ciclo elecciones-reforma-elecciones que experimentaba el país desde 1986, dos reformas entre dos elecciones; segundo, porque influye un elemento externo al sistema político, el alzamiento armado del EZLN, por lo cual no estaba planeada, es decir, no tenía el impulso inicial de la voluntad presidencial, y tercero, según hemos apuntado atrás, porque busca credibilidad con base en la incorporación del PRD en la negociación para evitar su inconformidad y una posible impugnación futura,³⁰ reconociéndole de facto como la tercera fuerza política del país. Este último elemento es central en nuestra perspectiva, pues se define la tensión liberalizadora en favor de la inclusión y, en consecuencia, de la democratización.

Así, las dos pistas del juego político dividido dejan de correr en paralelo para incorporarse en una sola, en la que las negociaciones entre los actores políticos buscan reducir la incertidumbre política y agregar cierta dosis de confianza al proceso electoral. Esta será la tónica de la reforma del sexenio de Ernesto Zedillo.

³⁰ Véase Crespo (1995).

Elecciones de 1994
*Mapa 1.4. Mapa Electoral por Estado*³¹



Cuadro 6. Votación para presidente de la República

Partidos	Votación	%
PAN	9,146,841	25.9
PRI	17,181,651	48.7
PRD	5,852,134	16.6
PPS	166,594	0.5
PFCRN	297,901	0.8
PT	970,121	2.7
PVEM	327,313	0.9
UNO	97,935	0.3
PARM	192,795	0.5
Total	35,285,291	100.0

Fuente: Disco compacto México Electoral, Banamex, 2001

³¹ Para el PAN, las elecciones de 1994 representaron un saldo positivo a pesar de haber perdido la presidencia pues fueron, en todos los niveles, las votaciones donde obtuvo la mejor votación hasta ese momento además de obtener Chihuahua en 1992.

Cuadro 7. Votación para diputados y número de escaños obtenidos

Partidos	Votación	%	Escaños	%
PAN	8,694,736	25.0	118	23.6
PRI	16,911,781	48.6	301	60.2
PRD	5,610,926	16.1	69	13.8
PPS	231,933	0.7	-	-
PFCRN	381,360	1.1	-	-
PT	899,440	2.6	10	2.0
PVEM	472,454	1.4	-	-
PDM	148,780	0.4	-	-
PARM	286,377	0.8	-	-
Total	34,811,903	100.0	498	99.6

Fuente: Disco compacto México Electoral, Banamex, 2001.

Cuadro 8. Composición de la Cámara de Senadores

Tipo	PAN	PRI	PRD	Total
Mayoría	0	64	0	64
Primera minoría	24	0	8	32
3 años	1	31	0	32

Fuente: Disco compacto México Electoral, Banamex, 2001.

VII. EL FIN DEL CICLO DE LA TRANSICIÓN (1994-1996)

Las elecciones de 1994 fueron muy importantes en el ciclo de la transición porque Ernesto Zedillo, el candidato presidencial del PRI, llegó con una gran legitimidad por ser el primer presidente que accede al poder a través del voto, en unas elecciones muy concurridas, con un número total de votos de casi el doble de los que obtuvo Carlos Salinas en las cuestionadas elecciones que lo llevaron a la presidencia, además Zedillo mantiene el control presidencialista sobre su partido que es mayoritario en el Congreso.

El proceso electoral se desarrolló prácticamente sin incidentes y en el marco de una profusa participación en las urnas que rebasó el 77% de los ciudadanos registrados en la lista nominal. Esta cifra récord contrasta con el 49% registrado en las elecciones de 1988 y aún con el exitoso 62% de 1991. Según Jacqueline Peschard, la respuesta social contundente de

estos comicios dotó a la participación electoral de un importante significado —añadiríamos nosotros, sería un verdadero parteaguas histórico—, pues reafirmó al voto como la fuente de legitimidad del poder y mostró la voluntad de los ciudadanos de erigirse en sujetos políticos activos (Peschard, 1995).

En términos de representación política, el PRI resultó favorecido, ya que con el 48.6% de los votos obtuvo 301 escaños, correspondientes al 60.2% del total de los diputados. Pero estos resultados favorables al PRI hay que matizarlos porque con la introducción de representación para la primera minoría en la Cámara de Senadores, resultado de la reforma de 1993, que se tradujo en la ampliación en el número de escaños de 64 a 128, lo que le permitió conquistar a la oposición 33 escaños, 25 para el PAN y 8 para el PRD.

Aunque Ernesto Zedillo contó con una legitimidad que no habían tenido el anterior presidente del PRI el inicio de su mandato se tuvo que enfrentar a importantes desafíos.

En primer lugar, el país se vio inmerso en una súbita crisis económica —el “error de diciembre”— la cual había estallado el 19 de diciembre de 1994 con la salida inesperada de capitales y el aumento a la especulación financiera, dando pie a una devaluación de la moneda nacional de casi el 70% (*Proceso*, 947, 26 de diciembre de 1994). La gravedad de estos hechos hizo que, por vez primera en un país con una arraigada tradición presidencialista, se discutiera públicamente la posibilidad de renuncia del presidente (Crespo, 1996: 221 y ss.).

En segundo término, una serie de medidas erráticas tomadas durante el primer año del gobierno de Zedillo, acentuaba la percepción de fragilidad: el operativo policiaco-militar del 9 de febrero de 1995 contra los zapatistas, el respaldo a los impugnados gobernadores de Chiapas y Tabasco, la renuncia —en menos de seis meses— de tres secretarios de Estado.

En esta circunstancia específica se desarrolla el proceso negociador entre el Ejecutivo y los partidos.³² En el Mensaje de Toma de Posesión de Ernesto Zedillo el 1.º de diciembre, puede ubicarse el comienzo formal de la trama de la reforma electoral de 1996. Ahí, el presidente entrante convoca:

Los mexicanos queremos una vida democrática, a la altura de nuestra historia, a la altura de nuestra diversidad; sin embargo debemos reconocer que los

³² Respecto a las condiciones en que se desarrolló la reforma, véase Arturo Sánchez Gutiérrez (1996a) y Leonardo Curzio Gutiérrez (1996).

avances democráticos son aún insuficientes. Ha llegado el momento de sumar nuestras voluntades sin sacrificar nuestras diferencias; ha llegado el momento de unirnos en la construcción de una nueva democracia que comprenda una mejor relación entre los ciudadanos y el gobierno, entre los estados y la Federación; un nuevo código ético entre los contendientes políticos y una reforma electoral definitiva. Ha llegado el momento en que la democracia abarque todos los ámbitos de la convivencia social (Zedillo, 1994).

Con las alusiones a la “definitividad de la reforma” y a la necesidad de que “la democracia abarque todos los ámbitos de la convivencia social”, el presidente Zedillo aceptaba tácitamente, como afirma Becerra (1998: 14), que la democracia no llegaba aún a los sistemas electorales y de partidos. En el mensaje presidencial se habla de “construir una nueva democracia”, de la “democratización integral de nuestra vida, de nuestra nación”, partiendo de la existencia de ciertos vacíos en la política.

Líneas más adelante, Zedillo completa el llamado a la reforma:

México exige una reforma que, sustentada en el más amplio consenso político, disipe las sospechas, recriminaciones y suspicacias que acompañan los procesos electorales. Todas las fuerzas políticas, todas las dirigencias partidistas, todas las organizaciones sociales, pueden y deben contribuir a que dejemos atrás, para siempre, las dudas y las controversias sobre la legalidad electoral. Para llevar a cabo esa reforma definitiva, todos debemos estar dispuestos a tratar todos los temas, incluyendo, desde luego, el financiamiento a los partidos, los topes a los gastos de campaña, el acceso a medios de comunicación, la autonomía, la plena autonomía de los órganos electorales. La democracia electoral debe dejar de ser preocupación central del debate político y causa de encono y división. Debemos resolver, conforme a las prácticas más avanzadas del mundo, cada uno de los temas que todavía sean motivo de insatisfacción democrática (*idem.*).

Para alcanzar el éxito de la reforma se requería del consenso, pues eran los actores políticos los que, en última instancia, podrían dar su veredicto acerca de las normas aprobadas:

Si bien esa reforma electoral habrá de aplicarse por primera vez en las elecciones federales de 1997, debemos esforzarnos para llevarla a cabo tan pronto como lo permitan los consensos necesarios. Nuestro propósito común debe ser que las elecciones de 1997 sean indiscutibles y que todos quedemos satisfechos de su realización, indistintamente de sus resultados. Sabré asumir (mi)

responsabilidad en la construcción de un sistema electoral más equitativo y estoy seguro de que todos los partidos políticos sabrán asumir que la competencia democrática es el elemento decisivo para representar a la ciudadanía.

Este ánimo, expresión de una disposición democrática, se reforzó con dos hechos significativos: su asistencia a la Cámara de Diputados (6 de diciembre), donde dejó en claro su “respeto” al Poder Legislativo y a las leyes de este poder emanadas, y su visita a la Cámara de Senadores (7 de diciembre), donde afirmó:

Queremos avanzar en una Reforma Electoral que deje atrás, para siempre, la sospecha y la inconformidad. Construyamos de una vez por todas, el marco normativo electoral para el siglo XXI y esta Reforma debe surgir de la casa de la democracia que es el Congreso de la Unión.³³

Empero, la explosión de la crisis económica afectó la dinámica de la negociación de la reforma electoral en un doble sentido. En primer lugar, por la fuerza de los hechos la atención del gobierno viró vertiginosamente de la negociación de la reforma electoral al ajuste en la estructura económica. Aunque no se dejaron de lado los pronunciamientos a favor de la democracia, la prioridad durante 1995 sería resolver el desequilibrio en la economía mexicana. En este escenario, la reforma electoral iría a paso más lento del esperado.

Sin embargo, y ésta es la segunda consecuencia de la crisis económica sobre el proceso político, este cambio de prioridad operaba al mismo tiempo en favor de la reforma misma, pues llevaba al presidente Zedillo a forjarse una vía alterna para hacerse de la legitimidad necesaria para continuar con su mandato. En otras palabras, la legitimidad electoral con la que había asumido su responsabilidad pública no le era ya suficiente. La reforma electoral, en consecuencia, ofrecía una alternativa para restaurar la credibilidad, debilitada por la crisis económica (Cansino, 1995: 62-63).

De este modo, una vez hecha la convocatoria presidencial, se firman los Compromisos para un Acuerdo Político Nacional el 17 de enero de 1995. El documento lo suscribieron el presidente de la República —en calidad de testigo de honor— y los dirigentes de todos los partidos políticos con representación en el Congreso de la Unión: PAN, PRI, PRD y PT, un dato relevante en la historia del reformismo electoral mexicano.

³³ Véase la cronología de la reforma electoral en *El Nacional* (29 de abril de 1996).

Es importante destacar que la distinta apreciación presidencial del PRD quedó de manifiesto ese mismo mes, poco después de iniciado el sexenio, cuando la dirigencia nacional del PRD se reunió con el presidente Zedillo y, entre otras cosas, éste dijo que no sería conveniente un bipartidismo en el país, en cambio era necesaria la consolidación de un partido de izquierda fuerte (*El Nacional*, 29 de abril de 1996).³⁴

En este sentido, otro dato interesante es la inconformidad de algunos sectores del PRI por el papel destacado que había jugado el PAN en el sexenio anterior, y que no querían que se repitiera. *La Jornada* (9 de junio de 1995) reporta, por ejemplo, que senadores del PRI —cuyos nombres no se mencionan— habían sostenido reuniones con dirigentes del PRD a fin de romper la “alianza estratégica” de Acción Nacional y el gobierno federal, pues consideraban que el PRI había sido “víctima” del panismo en recientes procesos electorales en que se eligió gobernador, en las denominadas “concertaciones”.

Con el citado Compromiso se reconoce que el “paso más urgente para consolidar la reforma democrática de México es la reforma electoral”. Acto seguido, se establecen siete compromisos para conseguirla, de los que destacan tres:

Avanzar de inmediato en la conclusión de la reforma electoral definitiva a nivel federal y que también sirva de marco y referente para las entidades federativas. Es imperativo establecer las condiciones de confianza que permitan resolver de manera democrática la temática electoral, de modo que la nación esté en mejores condiciones para abocarse a dar solución y atender con mayor vigor los retos y rezagos económicos y sociales más urgentes.

Promover, con estricto respeto a las soberanías estatales, reformas electorales en las entidades federativas que incorporen los criterios de la reforma electoral federal.

Garantizar que, una vez concluidas las reformas electorales y, en consecuencia, satisfechas las condiciones de equidad previas a las elecciones y la legalidad del proceso, no se realicen acciones poselectorales por ninguna de las partes que violenten el marco jurídico y el respeto a las instituciones.

Un párrafo después, se describe la forma en que la negociación se llevaría a cabo:

³⁴ Ruth Berins Collier, al analizar la reforma de 1986, hace notar la tendencia al bipartidismo en México: “Mientras la ley de 1977 parecía estar especialmente orientada hacia la prevención del surgimiento de un segundo partido fuerte, la ley de 1986 parecía revelar una gran aceptación de un segundo partido fuerte, aunque manteniendo la existencia del partido mayoritario” (Collier, 1992: 100).

Para iniciar los trabajos señalados se instalará una mesa de negociación con ámbitos específicos de trabajo que propicien acuerdos entre el gobierno federal y los comités ejecutivos nacionales de los partidos políticos, así como entre las fracciones parlamentarias en las Cámaras del Congreso de la Unión y en los congresos locales.

Aunque en el documento no se especifica si en la mesa de negociación el consenso será la regla privilegiada para acordar los cambios pertinentes, y solo explica que a las fuerzas políticas nacionales las anima un “genuino espíritu de consenso”, el presidente Zedillo clarifica la cuestión al afirmar durante el acto de firma del documento:

La democracia no puede ser impuesta por un gobierno, por un partido o por una corriente ideológica; la democracia debe construirse con el concurso de todos, en todo tiempo y en todo lugar... los compromisos firmados hoy marcan el inicio de un acuerdo político al que llegaremos solo a través del pleno consenso. Solo el consenso cabalmente construido garantiza el respeto a las reglas y la contienda política en un clima de tranquilidad social (*La Jornada*, 18 de enero de 1995).³⁵

Con las expectativas al alza, con una actitud recíproca tolerante entre gobierno y partidos, y bajo los efectos de la crisis económica de finales de 1994, el presidente Zedillo y los dirigentes partidistas comenzaron la azarosa tarea de renegociar las reglas del juego político. La inclusión inicial del PRD era una señal positiva de que el juego político dividido practicado por Salinas de Gortari llegará a su fin, y que las impugnaciones electorales serían cada vez más difíciles de sostener.

En esta ocasión, además de las variadas propuestas de los partidos políticos, en particular de los tres más grandes,³⁶ surgieron otras de organizaciones

³⁵ Cabe destacar la alusión del entonces dirigente nacional del PRD, Porfirio Muñoz Ledo, que representaba la corriente opositora a Cárdenas, a que la firma de los *Compromisos* se inscribía en la historia nacional como un impulso irreversible a la transición de México hacia la democracia. Ese mismo año, en ocasión de la reanudación del diálogo entre el gobierno y los partidos de oposición, Muñoz Ledo volvería a referirse al tema, al argumentar a favor de la “transición pactada” como la única vía posible para preservar la integridad y estabilidad nacionales: “la otra alternativa es el estallido social o la aventura que precipitarían el derrumbe de las instituciones” (*La Jornada*, 18 de enero de 1995) y (*El nacional*, 25 de octubre de 1995).

³⁶ Al respecto, véase Jacinto Díaz Careaga (1996), Alonso Lujambio (1996) y *Memoria del foro para discutir la agenda de la reforma político-electoral* (1995).

sociales que, de un modo u otro, tuvieron influencia en el debate entre los partidos políticos y el gobierno. Sánchez Gutiérrez les denomina los debates informales.³⁷

De estos “debates” el de mayor relevancia por la difusión que logró y la influencia de los personajes convocantes, fue el promovido en el Castillo de Chapultepec, el llamado Seminario del Castillo. Los puntos resolutivos del este Seminario fueron entregados a la Cámara de Diputados el 28 de marzo de 1996.³⁸

A pesar de la amplia participación de los partidos y grupos sociales destacados, las desavenencias entre la oposición y el gobierno federal predominaron durante buena parte de la negociación. Los enfrentamientos y las amenazas de retirarse de la discusión de los dos principales partidos de oposición, PAN y PRD, fueron la constante. El motivo de estos comportamientos, que por momentos parecían echar por tierra cualquier negociación, estaba en los conflictos poselectorales, uno de los saldos negativos dejados por la tensión entre liberalización y democratización.

Estos conflictos se presentaron fundamentalmente en tres entidades federativas: Tabasco, Yucatán y Puebla. En 1995, tanto el PRD como el PAN se retiraron de la mesa central de trabajo en ocasiones distintas: el primero el 13 de febrero y el 26 de abril, con motivo de las sospechas de fraude en las elecciones de gobernador en Tabasco, realizadas a fines de 1994, y el incumplimiento para hacer renunciar al candidato triunfante (Roberto Madrazo) por parte del gobierno federal; el segundo el 18 de junio, debido a las irregularidades en el proceso electoral de Yucatán para elegir gobernador. Ambos partidos se reincorporaron hasta el último trimestre del año (24 de octubre) (*El Financiero*, 14 de febrero de 1995, 27 de abril de 1995, 19 de junio de 1995 y 25 de octubre de 1995).

En 1996, el PAN se retiró de la mesa (18 de febrero) (*El Financiero*, 19 de febrero de 1996) y con ello se perdió parte del trabajo realizado por los restantes partidos. Este retiro estuvo motivado también por un conflicto poselectoral, en Huejotzingo, Puebla, donde Acción Nacional reclamaba

³⁷ “El grupo de académicos que se reunió en Tepoztlán y que publicó *Alternativas de propuestas para una reforma electoral. Objetivos, debates y propuestas*, el esfuerzo del llamado (Instituto) de Estudios de la Transición o el llamado *Seminario del Castillo*, que por iniciativa de los consejeros ciudadanos Santiago Creel y José Agustín Ortiz Pinchetti, mas el consejero suplente Jaime González Graf, reunió a académicos y representantes a título personal de los partidos políticos para hacer una propuesta de reforma electoral” (Sánchez, A., 1996: 272).

³⁸ Véase *60 Puntos para la reforma político-electoral* (1996).

el triunfo de su candidato a la alcaldía, el cual le había sido revocado por el Tribunal Estatal Electoral como respuesta a las impugnaciones presentadas por los representantes del PRI (*El Financiero*, 11 de agosto de 1996).

El primer paso firme de los acuerdos se dio con la publicación en la prensa escrita, el 22 de abril de 1996, de las “Conclusiones Alcanzadas en la Secretaría de Gobernación por el Partido Revolucionario Institucional, el Partido de la Revolución Democrática y el Partido de Trabajo en Materia de Reforma Electoral y Reforma Política del Distrito Federal”. Este documento no fue avalado por la dirigencia de Acción Nacional, ya que en el momento de su presentación este partido estaba alejado de la negociación debido al citado conflicto en Huejotzingo, Puebla. No obstante, un mes después el PAN anunciaba su reincorporación formal a los trabajos de la reforma electoral (21 de mayo), y señalaba que las Conclusiones eran un buen punto de partida para la reforma (*El Financiero*, 22 de mayo de 1996).

En todo caso, estos acuerdos se convirtieron en la base para los cambios constitucionales y legales que siguieron. Las Conclusiones, en efecto, abarcaban un espectro vasto de temas electorales, y las recomendaciones contenidas eran un buen avance. Por ejemplo, se proponía que la integración del Consejo General del IFE se realizara sobre la base de tres criterios: la supresión de la representación de los poderes Legislativo y Ejecutivo, el cambio de denominación de los consejeros ciudadanos a consejeros electorales (serían nueve y durarían en su cargo ocho años) y el mantenimiento de la forma de representación de los partidos políticos. Pero en lo relativo a la integración de ambas cámaras del Congreso de la Unión, el documento no presenta propuestas, sino que convoca a realizar consultas, lo que demuestra la dificultad para abordar el asunto.

Tres meses después, el acuerdo multipartidista se concretó. El 25 de julio de 1996 el presidente Zedillo encabezaba la firma de la iniciativa de reformas a 18 artículos de la Constitución, en la que convergían los representantes de los partidos políticos negociadores: PAN, PRI, PRD y Partido del Trabajo (PT). El 31 de julio se aprobaba en la Cámara de Diputados, sin debate, el marco jurídico del sistema electoral, con el voto favorable de los 455 legisladores presentes, de todos los partidos políticos, y ninguno en contra (*El Financiero*, 1 de agosto de 1996). Para el 1 de agosto, se hacía lo propio en la Cámara de Senadores, con el voto aprobatorio de los 124 legisladores presentes en el salón de sesiones (*El Financiero*, 2 de agosto de 1996).

El consenso en el plano constitucional se había conseguido, lo cual era un cambio sustancial porque no se había logrado en ninguna de las

reformas anteriores. La relevancia de este acontecimiento era mayúscula: el marco general de las reglas del juego estaba siendo acordado por todos los actores de la contienda electoral.

El presidente Zedillo presumía este resultado promisorio en la lectura de su Segundo Informe de Gobierno:

Por primera vez en nuestra historia se ha logrado una reforma amplia y compleja, con un consenso sin precedentes en su pluralidad y su firmeza. Las reformas y el consenso con que fue alcanzada, no son mérito del Gobierno. El mérito corresponde al esfuerzo, a la responsabilidad y la representatividad de los partidos políticos y de las Cámaras que integran el Congreso de la Unión. De ahí que hago un sincero reconocimiento a las dirigencias partidistas, a las señoras y los señores Legisladores, porque con su trabajo y su consenso han honrado su convicción democrática y han respondido al interés y a la voluntad de la ciudadanía (Zedillo, 1996).

El otro punto de acuerdo entre los partidos políticos y el gobierno federal se materializó en la integración del Consejo General del IFE. En este asunto, el consenso se empezó a desactivar por dos razones: la dificultad de articular en el Consejo las preferencias de todos los partidos políticos, y la premura que el tiempo imponía, dado que para el 31 de octubre de 1996 debía quedar instalado.³⁹

En la parte terminal de la negociación de las reformas al Cofipe, los actores políticos rompieron el consenso. Los temas de la discordia fueron

³⁹ El 30 de octubre, la Cámara de Diputados aprobó el nombramiento del consejero presidente y de los consejeros electorales, por 457 votos a favor de diputados de todos los partidos políticos, y 4 en contra, de diputados del PRD. De acuerdo con las crónicas de la prensa, el procedimiento aplicado en esta instancia legislativa fue el siguiente: atenidos los miembros del legislativo a los resultados de la negociación sostenida en la Secretaría de Gobernación, el documento con los nombres de los consejeros llegó a manos de los diputados diez minutos antes de la medianoche para, con una rapidez inusitada y un método de votación inusual, el nominal, se aprobaron los nombramientos. El debate posterior alrededor de la integración del Consejo se centró tanto en el perfil de sus integrantes como en el trámite —considerado precipitado— de aprobación en la Cámara de Diputados. Un elemento adicional causó controversia: el impedimento legal para que los consejeros ciudadanos en funciones entre 1994 y 1996, pudieran mantenerse en el CG pero ahora bajo la figura de consejeros electorales. El asunto se complicó con la elección de José Woldenberg como consejero presidente, quien justamente había fungido como consejero ciudadano en la integración del anterior órgano electoral, lo que para algunos comentaristas lo inhabilitaba para cumplir con su nueva encomienda (*La Jornada y Reforma*, 31 de octubre de 1996).

el financiamiento público y el tope a los gastos de campaña.⁴⁰ Entrado el mes de noviembre de 1996, los representantes partidistas mantenían posturas contrarias, pues la diferencia estaba en que las cantidades que proponía el partido oficial eran superiores a las sugeridas por los representantes de los partidos de oposición. Ya antes de que la negociación se trabara, miembros del PRI advertían sobre la eventualidad de aprobar las reformas al Cofipe sin la anuencia de los partidos de oposición,⁴¹ rompiendo la dinámica del consenso hasta entonces ratificada en los hechos.

La advertencia de aplicar la “ley de la democracia”—hacer uso de la mayoría— se cumplió cabalmente. El 7 de noviembre, ante la falta de acuerdo en los temas citados, el titular del Poder Ejecutivo envió a la Cámara de Diputados el paquete de reformas al Código, en el cual se respeta lo negociado con los partidos de oposición, excepto en el asunto pecuniario.

Al envío de esta iniciativa, no consensuada plenamente con la oposición, se añadió el hecho de que el 13 de noviembre, en sesión de las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia de la Cámara de Diputados, la mayoría del PRI aprueba la iniciativa de reformas pero le introduce 16 cambios, con lo que anula varios de los acuerdos pactados por casi dos años y que perjudican a la oposición (*El Financiero*, 14 de noviembre de 1996).

El 14 de noviembre se aprueba la iniciativa modificada en el pleno de la Cámara de Diputados, por 288 votos a favor (PRI), y 142 en contra (PAN, PRD, PT, diputados independientes y uno del PRI) (*Reforma*, 15 de noviembre de 1996). En el Senado de la República, la iniciativa corre similar suerte, pues la aprobación se da por 89 votos a favor (PRI) y 23 en contra (PAN y la senadora Layda Sansores del PRI), con la ausencia del grupo de legisladores del PRD (*La Jornada*, 21 de noviembre de 1996).

La excusa de este comportamiento la brinda el entonces dirigente nacional del PRI, Santiago Oñate Laborde: “Al no haberse tomado a tiempo decisiones que por lo menos orientasen un voto en lo general a favor y reservas en lo particular... pues el acuerdo quedaba roto en ese sentido” (*Reforma*, 15 de noviembre de 1996). *Contrario sensu*, el coordinador de la fracción parlamentaria del PAN en la Cámara de Diputados, afirmó tajante: “Es un mentís a la voluntad política de transitar a la democracia” (*Excelsior*, 15 de noviembre de 1996).

⁴⁰ Véase Ricardo Becerra *et al.* (1997: 8-9).

⁴¹ El entonces diputado Jorge Moreno Collado expresó en entrevista esta postura: “si no obtenemos el consenso por unanimidad, aplicaremos la ley de la democracia y aplicar la legalidad que nos legitima como mayoría” (*El Financiero*, 28 de octubre de 1996).

La diferencia entre los montos puede explicarse en virtud de la necesidad del PRI de obtener fondos suficientes y “transparentes” para llevar a cabo sus actividades electorales, pues dado el creciente peso de la oposición en el Congreso de la Unión cada vez resultaba más difícil disponer discrecionalmente de dinero no fiscalizado.⁴²

Una vez aprobada la reforma electoral con un final no consensuado, la discusión posterior se llenó de recriminaciones y reproches mutuos entre la oposición y el gobierno. El presidente Zedillo justificaba recurrentemente la postura adoptada por él y el PRI. Primero declaró:

Nos tardamos 18 meses de negociación política, algunas veces interrumpidas por asuntos muy particulares. Logramos mantener a los partidos políticos, recuperarlos para la negociación y, al final, llegar a un acuerdo total de una reforma electoral que yo considero definitiva, la última que habrá durante mi gobierno (*La Jornada*, 16 de noviembre de 1996).

Después, en torno al desacuerdo en el financiamiento, señaló la prevalencia de una visión de Estado por encima de “la óptica necesariamente parcial de cada partido político”, por lo que justificaba:

En una democracia la voluntad de la mayoría no es autoritaria, es mandato de gobierno; pretender imponer el parecer de la minoría conduce a la parálisis de gobierno y entraña una grave responsabilidad frente a la ciudadanía (*El Financiero*, 19 de noviembre de 1996).

Posteriormente, asume la completa responsabilidad, en el mejor estilo del presidencialismo mexicano:

El desacuerdo ha sido conmigo... Debe ser un financiamiento suficiente para que no haya incentivos a hacer trampas ni a violar la ley... Los partidos de oposición no quisieron pagar el costo político... me dejaron a mí ese costo... No me importa tomar un costo político más (*Reforma*, 20 de noviembre de 1996).

⁴² El asunto del financiamiento se convirtió en una más de las “precauciones auxiliares” construidas por el PRI dentro de la institucionalidad electoral para compensar las concesiones parciales derivadas de las reformas, con lo cual se podría mantener a ese partido dentro de las “aguas seguras de la seguridad electoral” y, en consecuencia, contener la incertidumbre democrática: “Hasta 1996, los topes de gastos de campaña eran laxos, y la revisión de gastos débil ... En 1996, un incremento abundante en el financiamiento público fue interpretado como un límite crucial para el partido gobernante” (Schedler, 2006b: 25).

En la lectura de su Tercer Informe de Gobierno, el presidente Zedillo cambia de tono y medida su referencia a la reforma electoral. Incluso, omite referirse al frustrado consenso y solo habla de la negociación y acuerdo exitosos de “una reforma constitucional que resolvió los grandes temas pendientes en materia electoral”. Y procede a enumerarlos:

Gracias a esa reforma, se logró que el instituto responsable de organizar, computar y validar las elecciones [el Instituto Federal Electoral] tuviera total autonomía respecto del gobierno... Gracias a esa reforma, el Poder Ejecutivo ya no interviene en la solución de las controversias que puedan ocurrir en las elecciones... Se logró, además, que los partidos contaran de manera justa y transparente con recursos públicos para sus campañas, y que tuvieran acceso equitativo a los medios electrónicos de comunicación (Zedillo, 1997).

Los dirigentes de los principales partidos de oposición no fueron benévolo con sus puntos de vista. Felipe Calderón Hinojosa, el dirigente nacional del PAN, declaró:

El PRI ratifica la hipótesis de que en las negociaciones sobre la ley electoral (efectuadas en la Secretaría de Gobernación) lo que buscaba era cambios de forma y solo en la medida que los intereses creados al interior de su organización los soportara.

Para refutar al presidente Zedillo, Calderón dijo:

Retumba (sic) aún la reflexión, el reconocimiento del propio Presidente de la República de que su elección fue legal pero inequitativa... Con esta reforma no se suprime la inequidad de los procesos electorales... (la reforma) no es definitiva sino transitoria, porque es en sus artículos transitorios donde está la sustancia de sus decisiones (Reforma, 15 y 17 de noviembre de 1996).

A su vez, Andrés Manuel López Obrador, el dirigente nacional del PRD, evaluó la conclusión del proceso negociador en estos términos:

Apoyamos la reforma, queríamos el consenso, actuamos con mucha responsabilidad, no estamos obligados a lo imposible. No podemos ir con el PRI apoyando un financiamiento de esa magnitud ni tampoco aceptar esos condicionamientos de última hora (*Reforma y La Jornada*, 15 de noviembre de 1996).

Al término del proceso de negociación de la reforma electoral de 1996 fue notorio el cambio de actitud gubernamental, contradictoria con las

palabras del Mensaje de Toma de Posesión. El consenso se relegaba bajo la tónica de que en una democracia, frente a las diferencias irreconciliables, la mayoría podía hacer uso legítimo y legal de su capacidad decisora, aún contrariando los acuerdos negociados con antelación. El problema radicaba en que en realidad esa reforma debía ser el punto inicial de la democracia mexicana, por lo cual dejar de lado “a última hora” el consenso no era una buena señal, aunque los hechos terminaron por demostrar la importancia de la reforma.

Dicha importancia puede leerse a través de tres elementos: *a)* contrario a la práctica ejercida por el presidente Salinas, el PRD fue incorporado desde el principio como interlocutor válido, siendo su anuencia indispensable para darle legitimidad a las reformas constitucionales —de hecho, Zedillo le reconoció como una parte del juego político con la cual era indispensable mantener acercamientos—; *b)* la aprobación de las reformas constitucionales fue por vez primera unánime, es decir, todas las fuerzas políticas representadas en el Congreso de la Unión las aceptaron, circunstancia no lograda en los anteriores procesos de negociación, y *c)* la reforma de 1996, aún con las diferencias finales con que fue aprobada, resultó una base sólida para la realización creíble de las elecciones federales de 1997.

En este tenor, con la reforma de 1996 termina formalmente el proceso de transición prolongada a la democracia, pues al no hacer una exclusión deliberada de ningún actor político, el consenso se enarboló como el principio rector de los acuerdos —aunque en el tramo último de la negociación no se le haya respetado— y se terminó de construir —con todo y sus deficiencias— el edificio institucional democrático que sustituyó al régimen autoritario.

Dos elementos fundamentales de esta construcción institucional son la creación del Instituto Federal Electoral (1990) y su posterior autonomía (1996), así como los cambios normativos y en la forma de integración de las instancias de apelación electoral, desde el Tribunal de lo Contencioso Electoral (1986), el Tribunal Federal Electoral (1990), hasta el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (1996), que adquiere una autonomía plena respecto del Ejecutivo. Es pertinente mencionar que fue importante para la construcción de la democracia la creación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (1990) y su posterior autonomía (1999).

El edificio institucional democrático permite “el desarrollo de organizaciones, tales como partidos, grupos de interés y lobbies, y medios de comunicación a través de los cuales una variedad de opiniones pueda ser

expresada, y las opiniones puedan articular y canalizar las demandas políticas de la sociedad” (Valenzuela, 1992: 61).

Se dan así las condiciones que aseguran el paso de un sistema de partido hegemónico a uno competitivo y con posibilidad de alternancia (Sartori, 1993). De esta manera, se llega a una democracia electoral, que en los términos de Huntington se refiere a aquel sistema político donde “la mayoría de los que toman las decisiones colectivas del poder sean seleccionados a través de limpias, honestas y periódicas elecciones, en las que los candidatos compiten libremente por los votos y en las que virtualmente toda la población adulta tiene derecho a votar” (Huntington, 1994: 19-20).

Elecciones de 1997
Mapa 1.5 Mapa Electoral por Estado



Es importante destacar que por primera vez desde su creación en 1988, el PRD obtiene su primera gubernatura, la capital del país, el Distrito Federal. En 1995 el PAN obtiene la gubernatura del estado de Jalisco y en 1997 la de Nuevo León y Querétaro. Esta recomposición del mapa político se debe, fundamentalmente a la fractura al interior del PRI y a las reformas políticas y electorales de ese año en las que se abren nuevas oportunidades de participación política definiéndose nuevas reglas de juego.

Cuadro 9. Votación para diputados y número de escaños obtenidos

Partidos	Votación	%	Escaños	%
PAN	7,792,290	25.9	121	24.2
PRI	11,445,852	38.0	239	47.8
PRD	7,519,914	25.0	125	25
PPS	98,391	0.3	-	-
PFCRN	327,681	1.1	-	-
PT	756,436	2.5	7	1.4
PVEM	1,116,463	3.7	8	1.6
PDM	193,990	0.6	-	-
Total	30,120,221	100.0	500	100

Fuente: Disco compacto México Electoral, Banamex, 2001

Cuadro 10. Composición de la Cámara de Senadores

Tipo	PAN	PRI	PRD	PT	PVEM	Otros	Total
Mayoría	0	64	0	0	0	0	64
Primera minoría	24	0	7	0	0	1	32
Representación proporcional	9	13	8	1	1	0	32

Fuente: Disco compacto México Electoral, Banamex, 2001

VIII. A MANERA DE CONCLUSIÓN

El presente capítulo intenta reconstruir las principales etapas de una transición a la democracia que puede ser caracterizada como prolongada por su larga duración, su gradualismo y el énfasis en lo electoral. Se ha procurado darle un contenido teórico e histórico a dicha reconstrucción a fin de proporcionar elementos de comprensión claros, que ubiquen los momentos más importantes en el logro de la democracia.

El objetivo es contribuir a superar uno de los problemas a los que se ha enfrentado el estudio de la transición mexicana, el de su opacidad, es decir, la dificultad para determinar con un grado razonable de precisión dichos momentos, desde su comienzo hasta su culminación. Hemos puesto énfasis en la negociación de las reformas electorales entre los actores políticos en sus dos fases —la excluyente y la incluyente— distinguiéndolas del periodo anterior, en el cual la tónica era de otorgamiento de

espacios a la oposición por parte del régimen autoritario. En este punto radica nuestra propuesta de periodización.

En la lógica de otorgamiento, el régimen cede espacios políticos a la oposición, en especial a la izquierda radical, creando las condiciones para su plena incorporación electoral, al aceptar como referente unitario la vía legal constitucional, sin dejar de tener el control del proceso electoral. Esta situación de liberalización explica los antecedentes del cambio político mexicano, desde la limitada reforma de 1963, pasando por la pionera de 1977, concluyendo con la controvertida de 1986.

En contraparte, cuando el terreno de la representación política adquiere relevancia y la participación de la oposición es indispensable, la lógica del otorgamiento imperante cambia a otra de negociación. Los comicios de 1988 marcan este cambio de lógicas, así como el inicio de la transición, cuyo signo distintivo es la creación de un embrión de sistema de partidos y la revitalización de los actores políticos preexistentes. En este contexto, definimos dos fases: la negociación entre el gobierno y un solo actor político —en un juego político dividido—, que si bien les permite obtener beneficios, excluye al tercer actor político importante; entonces estamos frente a un escenario de tensión en la transición. Esta tensión que se produce entre la liberalización —control sobre el resultado electoral— y la democratización —comicios competitivos, libres y limpios—, explica la situación de las primeras dos reformas negociadas entre la administración de Salinas de Gortari y la dirigencia del PAN, con la exclusión del PRD (1989-1990 y 1993).

No obstante, cuando la inestabilidad política y económica amenaza con trastocar los cimientos del Estado mexicano, la lógica de la negociación con un solo actor político pierde sentido y se requiere la participación del tercero excluido. El juego político dividido deja su lugar a una sola pista de negociación, con lo cual estamos sin ambages en un proceso de democratización. Este proceso explica el contenido de las últimas reformas examinadas en el texto, las de 1994 y 1996, las cuales cierran el ciclo de la transición mexicana a la democracia.

Por consiguiente, estamos de acuerdo con Linz y Stepan en que:

Una transición democrática está terminada cuando ha sido alcanzado un acuerdo suficiente acerca de los procedimientos para producir un gobierno electo, cuando un gobierno llega al poder como el resultado directo del voto popular libre, cuando este gobierno de facto tiene la autoridad para generar nuevas políticas, y cuando los poderes ejecutivo, legislativo y judicial genera-

dos por la nueva democracia, no tienen que compartir de jure el poder con otros organismos (Linz y Stepan, 1996a: 3).

En México, el “acuerdo suficiente acerca de los procedimientos para producir un gobierno electo” se consiguió con la reforma electoral de 1996, luego de recurrentes modificaciones a las reglas del juego que persistentemente dejaban insatisfechos a los involucrados; en cambio, a partir de 1996 se han celebrado tres elecciones federales sin que, de manera sustancial, la normatividad haya sido modificada en sentido diferente a lo acordado.

La llegada al poder de un gobierno como “resultado directo del voto popular libre” se ha constatado en las mencionadas elecciones federales: en 1997, con la formación del primer gobierno dividido y la obtención de la Jefatura de Gobierno del Distrito Federal por parte del “tercer excluido” durante las primeras dos reformas de la administración de Carlos Salinas, el PRD; en 2000, con el traspaso del poder presidencial de manos del PRI, con 71 años gobernando, a manos del candidato del PAN, Vicente Fox, con lo que se produce la alternancia al más alto nivel; en 2003, con la formación por tercera ocasión consecutiva, de un gobierno dividido, lo cual demuestra que la pluralidad ha arraigado en el país.

Tomando en cuenta estas consideraciones, se puede sostener que el proceso democratizador llegó a su fin, en su aspecto procedimental, con la reforma electoral de 1996, y su reafirmación práctica se alcanzó en 1997, con las primeras elecciones libres, limpias y competitivas.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- 60 Puntos para la Reforma Político-Electoral. Seminario del Castillo de Chapultepec, 1996, México, LVI Legislatura, Grupo de Diputados Ciudadanos de la Cámara de Diputados, 16 de enero.
- ALCÁNTARA SÁEZ, Manuel *et al.*, 1992, *Procesos de transición a la democracia: estudios comparativos*, San José, Centro de Asesoría y Promoción Electoral del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- ALCOCER V., Jorge, 1996a. “El ciclo de las reformas electorales. 1a. parte”, *Voz y Voto*, núm. 45, noviembre.
- , 1996b, “El ciclo de las reformas electorales. 2a. parte”, *Voz y Voto*, núm. 46, diciembre.
- ARRIOLA, Carlos, 1994a, *Ensayos sobre el PAN*, México, Miguel Ángel Porrúa.

- , 1994b, “Violencia y Elecciones”, en ARGÜELLES, Antonio y VILLA, Manuel, *México: el Voto por la Democracia*, México, Miguel Angel Porrúa.
- BECERRA CHÁVEZ, Pablo Javier, 1995, “Entre el autoritarismo y la democracia. Las reformas electorales del sexenio de Salinas”, *Polis 94. Anuario de Sociología*, México, Universidad Autónoma Metropolitana-Iztapalapa.
- , 1998, “La reforma electoral de 1996”, en CANSINO, César (coord.), *Las elecciones de 1997 y los escenarios de la transición en México*, México, Centro de Estudios de Política Comparada.
- BECERRA, Ricardo *et al.*, 1997, *La reforma electoral de 1996. Una descripción general*, México, Fondo de Cultura Económica.
- , 2000, *La mecánica del cambio político en México. Elecciones, partidos, y peformas*, México, Cal y Arena.
- BRUHN, Kathleen, 1997, *Taking on Goliath. The Emergence of a New Left Party and the Struggle for Democracy in Mexico*, University Park, The Pennsylvania State University Press.
- CADENA-ROA, Jorge, 2003, “State Pacts, Elites, and Social Movements in Mexico’s Transition to Democracy”, en GOLDSTONE, Jack (ed.), *States, Pacts, and Social Movements*, Cambridge, Cambridge University Press.
- CAMOU, Antonio, 2000, “Transición democrática y gobernabilidad en México: una mirada desde el espejo latinoamericano” en LABASTIDA MARTÍN DEL CAMPO, Julio *et al.* (coords.), *Transición democrática y gobernabilidad. México y América Latina*, México, Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México-Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales-Plaza y Valdés editores.
- CANSINO, César, 1995, “México: ¿transición o ruptura?”, *Este País*, núm. 51, junio.
- CARPIZO, Jorge, 1995, “La reforma federal electoral de 1994”, en Jorge Alcocer V., *Elecciones, diálogo y reforma. México, 1994*, vol. I, México, Nuevo Horizonte-Centro de Estudios para un Proyecto Nacional.
- CARR, Barry, 2000, *La izquierda mexicana a través del siglo XX*, México, Era.
- CASILLAS, Carlos, 1998, “Gobierno dividido en México. Una nueva manera de hacer política en México”, *Nexos*, núm. 250, octubre.
- CASTAÑEDA, Jorge, 1996, “Reforma Electoral: Perpetuar el Sistema”, *Proceso*, núm. 1032, 11 de agosto.
- , 1999, *La herencia. Arqueología de la sucesión presidencial en México*, México, Alfaguara.
- Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales*, México, Instituto Federal Electoral, 1994.
- COLLIER, Ruth Berins, 1992, *The Contradictory Alliance: State-Labor Relations and Regime Change in Mexico*, Berkeley, University of California.

- CRESPO, José Antonio, 1996, *Jaque al rey. Hacia un nuevo presidencialismo en México*, México, Joaquín Mortiz.
- CURZIO GUTIÉRREZ, Leonardo, 1996, “Gobernabilidad en tiempos de crisis: La experiencia Mexicana”, *Sociológica*, año 11, núm. 30, enero-abril.
- DÍAZ CAREAGA, Jacinto, 1996, “Propuestas partidistas para la reforma electoral”, *Boletín del Centro de Capacitación Judicial Electoral*, año 2, núm. 1, enero-febrero.
- EISENSTADT, Todd A., 2001, “¿Remolinos en la tercera ola? Las transiciones prolongadas en las teorías sobre democratización”, en ORTEGA RUIZ, Reynaldo Yunuen (ed.), *Caminos a la democracia*, México, El Colegio de México.
- GONZÁLEZ CASANOVA, Pablo, 1979, *La reforma política y sus perspectivas*, México, Ediciones de la Gaceta Informativa de la Comisión Federal Electoral.
- HERMET, Guy *et al.*, 1982, *¿Para qué sirven las elecciones?*, México, Fondo de Cultura Económica.
- HUNTINGTON, Samuel P., 1994, *La Tercera Ola. La democratización a finales del siglo XX*, Buenos Aires, Paidós.
- KRAUZE, Enrique, 2001, *La presidencia imperial. Ascenso y caída del sistema político mexicano (1940-1996)*, México, Tusquets.
- LINZ Juan J. y Stepan, Alfred, 1996a, *Problems of Democratic Transition and Consolidation. Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press.
- LINZ, Juan, 1994, *El factor tiempo en un cambio de régimen*, México, Instituto de Estudios para la Transición Democrática.
- LOAEZA, Soledad, 2000, *Incertidumbre y riesgo en transiciones prolongadas. La experiencia mexicana y el Partido Acción Nacional*, México, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales.
- LOAEZA, Soledad, 1999, *El Partido Acción Nacional. La larga marcha 1939-1994. Oposición leal y partido de protesta*, México, Fondo de Cultura Económica.
- LOAEZA, Soledad, 1989, *El llamado de las urnas*, México, Cal y Arena.
- LÓPEZ Portillo, José, 1988, *Mis tiempos. Biografía y testimonio político*, parte primera, México, Fernández Editores.
- LOYO, Aurora y POZAS HORCASITAS, Ricardo, 1977, “La crisis política de 1958 (notas en torno a los mecanismos de control ejercidos por el Estado mexicano sobre la clase obrera organizada)”, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, año XXIII, núm. 89, julio-septiembre.
- LOYO, Aurora, 1979, *El movimiento magisterial de 1958 en México*, México, Era.

- LUJAMBIO, Alonso, 1996, “Estudio introductorio”, en *Gobiernos divididos en la federación mexicana*, México, Universidad Autónoma Metropolitana-Instituto Federal Electoral-Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública.
- MEDINA PEÑA, Luis, 1996, *Hacia el nuevo Estado. México, 1920-1994*, México, Fondo de Cultura Económica.
- , 1978b, *Evolución electoral en el México contemporáneo*, México, Ediciones de la Gaceta Informativa de la Comisión Federal Electoral.
- MOLINAR HORCASITAS, Juan, 1993a, *El tiempo de la legitimidad. Elecciones, autoritarismo y democracia*, 2a. ed., México, Cal y Arena.
- NOHLEN, Dieter, 1993, *Los sistemas electorales en América Latina y el debate sobre la reforma electoral*, México, Universidad Nacional Autónoma de México.
- O'DONNELL, Guillermo y SCHMITTER, Philippe C., 1994, *Transiciones desde un gobierno autoritario. vol. 4. Conclusiones tentativas sobre las democracias inciertas*, Barcelona, Paidós.
- ORTEGA RUIZ, Reynaldo Yunuen, 2001, *Caminos a la democracia*, México, El Colegio de México.
- PACHECO Méndez, Guadalupe, 2000, *Caleidoscopio electoral. Elecciones en México, 1979-1997*, México, Instituto Federal Electoral-Universidad Autónoma Metropolitana-Fondo de Cultura Económica.
- PESCHARD, Jacqueline, 1995, “La explosión participativa: México, 1994”, *Estudios Sociológicos de El Colegio de México*, vol. XIII, núm. 38, mayo-agosto.
- , 1993, “El fin del sistema de partido hegemónico”, *Revista Mexicana de Sociología*, 2/93, año LV, núm. 2, abril-junio.
- PELLICER DE BRODY, Olga, 1972, *México y la Revolución Cubana*, México, El Colegio de México.
- POZAS H., Ricardo, 1993, *La democracia en blanco: el movimiento médico en México, 1964-1965*, México, Siglo XXI Editores.
- PRUD'HOMME, Jean François, “Elecciones, partidos y democracia”, en DURAND PONTE, Víctor Manuel (coord.), 1994, *La construcción de la democracia en México. Movimientos sociales y ciudadanía*, México, Instituto Latinoamericano de Estudios Transnacionales-Siglo XXI Editores.
- , 1996, “La negociación de las reglas del juego: tres reformas electorales (1988-1994)”, *Política y Gobierno*, vol. III, núm. 1, primer semestre.
- SALINAS de Gortari, Carlos, 2002, “Los Desatinos de Ernesto Zedillo”, *Reforma*, 11 de marzo.
- , 2000, *México, un Paso Difícil a la Modernidad*, Plaza y Janés, México.
- , 1992, “4o. Informe de Gobierno”, *La Jornada*, 2 de septiembre.
- , 1993, Quinto Informe de Gobierno, México Presidencia de la República.

- , 1994, Sexto Informe de Gobierno, México, Presidencia de la República.
- SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, Arturo, 1996, “El Alcance de la Reforma que Viene”, *El Financiero*, 29 de julio de.
- SARTORI, Giovanni, 2000, *Partidos y sistemas de partidos. Marco para un análisis*, 2a. ed., Madrid, Alianza.
- SCHEDLER, Andreas, 2001a, “The Two-Level Game of Democratization by Elections”, paper prepared for presentation at the Congress of the Canadian Association for Latin American and Caribbean Studies (CALACS), Antigua, Guatemala, 22-24 february.
- , 2000, “¿Cómo observar la consolidación democrática?”, *Metapolítica*, vol. 4, núm. 15, julio-septiembre.
- SCHEDLER, Andreas y Javier Santiso (comps.), 1999, *Tiempo y democracia*, Caracas, Nueva Sociedad.
- SILVA Herzog Márquez, Jesús, 1999, *El antiguo régimen y la transición en México*, 3a. ed., México, Planeta-Joaquín Mortiz.
- VALENZUELA, J. Samuel, 1992, “Democratic Consolidation in Post-Transitional Settings: Notion, Process, and Facilitating Conditions”, en MAINWARING, Scott *et al.* (eds.), *Issues in Democratic Consolidation: the New South American Democracies in Comparative Perspective*, 57-104, Notre Dame, University of Notre Dame.
- WOLDENBERG, José, 1993a, “Estado y partidos: una periodización”, *Revista Mexicana de Sociología*, año LV, núm. 2 abril-junio.
- , 1993b, “Otra reforma electoral: Las nubes y la miga”, *Nexos*, núm. 190, octubre (Suplemento *Cuaderno de Nexos*).
- , 1987, “La reforma electoral de 1986”, en PÉREZ, Germán y LEÓN, Samuel, *17 ángulos de un sexenio*, México, Plaza y Valdés.
- ZEDILLO, Ernesto, 1994, Mensaje de Toma de Posesión, México, Presidencia de la República, en www.presidencia.gob.mx.
- , 1996, Segundo Informe de Gobierno, México, Presidencia de la República, en www.presidencia.gob.mx.
- , 1997, “Avances y Retos de la Nación”, *La Jornada*, 2 de septiembre.
- ZERMEÑO, Sergio, 1978, *México: una democracia utópica. El movimiento estudiantil de 1968*, México, Siglo XXI Editores.

Hemerografía

El Financiero, 14 de febrero de 1995

El Financiero, 27 de abril de 1995

El Financiero, 19 de junio de 1995.
El Financiero, 25 de octubre de 1995.
El Financiero, 19 de febrero de 1996.
El Financiero, 11 de agosto de 1996.
El Financiero, 22 de mayo de 1996.
El Financiero, 10. de agosto de 1996.
El Financiero, 2 de agosto de 1996.
El Financiero, 28 de octubre de 199
El Financiero, 14 de noviembre de 1996.
El Financiero, 19 de noviembre de 1996.
El Nacional, 29 de abril de 1996.
El Nacional, 25 de octubre de 1995.
Excelsior, 15 de noviembre de 1996.
La Jornada, 10 de julio de 1989.
La Jornada, 11 de julio de 1989.
La Jornada, 12 de julio de 1989
La Jornada, 7 de septiembre de 1989.
La Jornada, 13 de septiembre de 1989.
La Jornada, 21 de octubre de 1989.
La Jornada, 18 de octubre de 1989.
La Jornada, 19 de octubre de 1989.
La Jornada, 19 de mayo de 1990.
La Jornada, 16 de julio de 1990.
La Jornada, 25 de mayo de 1993.
La Jornada, 15 de junio de 1993.
La Jornada, 28 de junio de 1993.
La Jornada, 30 de junio de 1993.
La Jornada, 30 de junio de 1993.
La Jornada, 8 de julio de 1993.
La Jornada, 25 de agosto de 1993.
La Jornada, 28 de agosto de 1993.
La Jornada, 4 de septiembre de 1993.
La Jornada, 9 de septiembre de 1993.
La Jornada, 13 de septiembre de 1993.
La Jornada, 14 de septiembre de 1993.
La Jornada, 15 de septiembre de 1993.
La Jornada, 18 de septiembre de 1993.
La Jornada, 20 de septiembre de 1993.
La Jornada, 28 de enero de 1994.
La Jornada, 13 de mayo de 1994.

La Jornada, 24 de marzo de 1994.

La Jornada, 18 de enero de 1995.

La Jornada, 15 de noviembre de 1996.

La Jornada, 16 de noviembre de 1996.

La Jornada, 17 de noviembre de 1996.

La Jornada, 21 de noviembre de 1996.

La Jornada, 15 de abril de 1999.

Proceso, núm. 629, 21 de noviembre de 1988.

Proceso, núm. 630, 28 de noviembre de 1988.

Proceso, núm. 907, 21 de marzo de 1994.

Proceso, núm. 921, 27 de junio de 1994.

Proceso, núm. 940, 7 de noviembre de 1994.

Proceso, núm. 947, 26 de diciembre de 1994.

Reforma, 31 de octubre de 1996.

Reforma, 15 de noviembre de 1996.

Reforma, 17 de noviembre de 1996.

Reforma, 20 de noviembre de 1996.

Unomásuno, 7 de julio de 1989.

Fuentes electrónicas

Disco compacto México Electoral, Banamex, 2001

LA VOCACIÓN CONSTITUCIONAL*

José Alejandro LUNA RAMOS**

Quienes estamos, en una forma u otra,
involucrados en esta causa,
la sentimos y en ella creemos profundamente.
Su columna vertebral es... la dignidad humana
Jorge CARPIZO

SUMARIO: I. *Introducción: delimitación del objeto de estudio.* II. *La dignidad de la persona y los derechos humanos.* III. *El Estado constitucional.* IV. *A manera de conclusión: el encargo constitucional.* V. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN: DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

Jorge Carpizo fue una persona que desde distintos espacios públicos —la Universidad Nacional Autónoma de México, la Secretaría de Gobernación, la Procuraduría General de la República, la Comisión Nacional de Derechos Humanos y la Suprema Corte de Justicia de la Nación— dedicó una gran parte de sus esfuerzos a la promoción de los derechos humanos.

En este sentido, en el presente artículo se abordan diversos temas cuyo hilo conductor entre todos ellos es la concepción de la dignidad humana en el Estado constitucional y los valores que deben acompañar en su labor al juez constitucional.

Como parte del objeto de estudio de este trabajo, se hace imprescindible abordar el tema de la ética judicial, pues es ella la que viene a influir en las decisiones y actos de los órganos jurisdiccionales.

* Discurso pronunciado en la ceremonia organizada por Amnistía Internacional, sección mexicana, el 10 de diciembre de 1999, publicado en *Derechos Humanos y Ombudsman*, 3a. ed., México, Porrúa, 2003, p. 190.

** Magistrado presidente del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Para precisar y dar claridad a nuestro objeto de estudio es pertinente hacer las siguientes preguntas: ¿cuál es la relevancia de la dignidad de las personas y los derechos humanos? ¿Por qué el Estado constitucional es la mejor estructura para privilegiar a la persona y el ejercicio de sus derechos? ¿Cuál es la tarea de los constitucionalistas frente a los retos que se presentan al régimen democrático?

II. LA DIGNIDAD DE LA PERSONA Y LOS DERECHOS HUMANOS

Precisar qué es la dignidad humana no es cosa sencilla, ni corresponde solo a los juristas, pues su estudio también puede ser abordado desde otras ópticas como la filosófica¹ y la empírica, por mencionar algunas. Pero además, el concepto requiere que se revise el contexto en el que el hecho o la acción a valorar resulta digna o no.

Por otra parte, cabe aclarar que en este estudio no se pretende hacer un análisis pormenorizado del concepto de dignidad humana, ya que ello excedería los límites de un trabajo de esta magnitud y, por qué no decirlo, tal vez, los de nuestros conocimientos. Ni siquiera ésta es la sede para abordar algunos de los problemas que el concepto de dignidad humana origina como son: una cierta localización ideológica iusnaturalista que no todos comparten, la propia determinación de su contenido, su carácter ambivalente, que no en pocas ocasiones puede conducir a resultados que limitan la libertad, o bien cerrar la discusión en un asunto difícil a favor de una de las posiciones de un modo excesivamente radical.² Por lo tanto, solo nos avocaremos a dar una idea general del concepto, para que éste sirva de base de algunas de las ideas que desarrollaremos.

¹ Kant es uno de los autores más representativos en lo que al estudio de la dignidad humana desde el punto de vista filosófico se refiere. Él considera que la dignidad se legitima sólo porque considera al ser humano un ser racional y, como tal, un fin en sí mismo. En ese sentido puede verse Kant, Immanuel, *Crítica de la razón práctica*, México, Edición bilingüe alemán-español, Universidad Autónoma Metropolitana, 2001, *passim*.

² Algunos de estos problemas son abordados por Rey Martínez, Fernando, *La dignidad humana en serio. Desafíos actuales de los derechos fundamentales*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013, pp. XXVII–XXVIII, quien en este trabajo se centra en el análisis de diversos temas relacionados con derechos fundamentales, cuyo hilo conductor entre todos ellos es la idea de tomarse en serio la dignidad humana, especialmente frente a las nuevas formas de agresión.

1. *Implicaciones del reconocimiento de la dignidad humana*

En el Estado constitucional se configura un sistema axiológico compuesto por el conjunto de valores y derechos fundamentado en el concepto de la dignidad humana, mismo que según Häberle “hace a los ciudadanos sujetos de su actuación”.³

Hay que recordar que después de la Segunda Guerra Mundial es cuando se empieza a hacer alusión al principio de dignidad humana de manera sistemática tanto en instrumentos jurídicos nacionales como internacionales.⁴ La invocación de este principio por el derecho, fue en parte, consecuencia de las diferencias que hubo entre las corrientes iusnaturalistas y positivistas. Este debate, finalmente, fue ganado por el iusnaturalismo, pues se aceptó que el concepto de derecho debe ser definido de forma tal que contenga elementos morales.⁵

En el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, del 26 de junio de 1945, se reafirma la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de los derechos de los hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas.

La dignidad humana también está incorporada de manera contundente en el Preámbulo y en el articulado de la Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas conocida, como Declaración Universal de Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948: “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.

Otros tratados y convenios internacionales relacionados de una u otra forma con la protección de los derechos humanos y, en específico, con la dignidad humana son los Convenios de Ginebra, del 12 de agosto de 1949, y del Protocolo Adicional II, de 1977; la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del

³ Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, México, UNAM, 2003, p. 171.

⁴ Como señala Lefranc Weegan, Federico César, *Sobre la dignidad humana. Los tribunales, la filosofía y la experiencia atroz*, México, UBJUS, 2011, p. 19, antes del Holocausto no se había invocado a la dignidad humana como principio rector de todo el sistema, ni en las constituciones de los Estados, ni en los más importantes instrumentos internacionales. En cambio, sí se había apelado a la paz, la libertad, el respeto a la propiedad, entre otros, así como a la protección de los derechos naturales e inalienables del hombre.

⁵ Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2004, en especial el Capítulo II, dedicado a la importancia práctica de la polémica acerca del positivismo jurídico.

Abuso del Poder; el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano respecto a las Aplicaciones de la Biología y de la Medicina, del 4 de abril de 1997;⁶ el Preámbulo de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación sobre la Mujer, del 18 de diciembre de 1979; la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Convención sobre los Derechos de los Niños, del 20 de noviembre de 1989.

En cuanto a los textos constitucionales es paradigmático el preámbulo de la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania de 1949 —conocida como Ley Fundamental de Bonn— que establece el papel del pueblo como constituyente que decidió, en primer lugar, imponer como deber a todos los poderes del Estado el respeto y la protección de la dignidad humana.⁷

La Constitución italiana, de 1948, contempla una igual dignidad social para todos los ciudadanos.⁸ Y la Constitución Española, de 1978, también la reconoce al señalar como uno de los fundamentos del orden político y de paz social el respeto de la libertad personal y la consiguiente posibilidad del libre desarrollo de la personalidad.⁹

En el ámbito latinoamericano varias Constituciones contemplan el respeto a la dignidad humana, por ejemplo, la Constitución Política de Colombia de 1991, la incluye en su artículo 1o.¹⁰

Como se observa, en los diversos instrumentos se presupone el concepto de dignidad humana como algo evidente y sobreentendido, sin que

⁶ Este Convenio, en su preámbulo y en su artículo 1o., permite ver que está orientado con determinación a la protección de la dignidad del ser humano, “Artículo 1. Objeto y finalidad. Las partes en el presente Convenio protegerán al ser humano en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina”.

⁷ “Artículo 1.1. La dignidad del hombre es sagrada y su respeto y protección constituyen un deber para todas las autoridades del Estado”.

⁸ “Artículo 3. Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales”.

⁹ “Artículo 10.1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son el fundamento del orden político y de la paz social”.

¹⁰ “Artículo 1º. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”

se aclare, además, en qué consiste en verdad y cuál es su contenido y alcance.¹¹

Su reconocimiento se coloca en la cima de todo el ordenamiento jurídico, como una norma jurídica objetiva, no un derecho subjetivo de carácter fundamental, y por este motivo, incondicionada, no subordinable a ponderaciones y limitaciones —a diferencia de los derechos fundamentales—.

La dignidad establece una prohibición de la instrumentalización, el ser humano no puede ser degradado jamás al nivel de un objeto, a un mero medio para la realización de un fin mayor. En este sentido, las políticas públicas se enfocan a personas, las reformas legislativas se dirigen a individuos, los juicios resuelven sobre conflictos que afectan a nuestros vecinos.

Y va más allá, la dignidad no es solo algo que deba defenderse de comportamientos que podrían dañarla, sino algo que debe promoverse y sobre la cual se apoya el crecimiento social.

Y por tanto, la tutela de la dignidad humana no puede prescindir de las satisfacción de necesidades concretas, a las cuales el Estado, en su faceta social, está llamado a hacerse cargo.

Pues, el hombre, antes de ser un animal racional o un animal moral, es un animal con necesidades y cuanto más capaz es la sociedad de satisfacerlas, tanto más se realiza en ella la dignidad humana.

2. *Expansión de los derechos humanos*

El sistema de derechos fundamentales actúa en el ámbito del Estado constitucional como un auténtico orden subjetivo de valores dotado de unidad material y de especial fuerza normativa.¹² Desde esta perspectiva se liga a los derechos humanos con los valores constitucionales como la libertad, la justicia, igualdad, pluralismo y dignidad humana. Estos derechos suponen una concreta garantía jurídica de la autonomía individual de la persona frente a la siempre posible intromisión antijurídica de los poderes públicos en la esfera privada.¹³

¹¹ En el mismo sentido Maihofer, Werner, *Estado de derecho y dignidad humana*, Buenos Aires, B de f, 2008, p. 5.

¹² Peralta, Ramón, “Sobre la naturaleza del Estado constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 125, julio-septiembre de 2004, p. 263.

¹³ *Idem*.

Cuando se escribe sobre derechos humanos se hace referencia a aquellos derechos que son inherentes al individuo, por lo que afectarle su disfrute impacta de manera directa en su dignidad como persona. Asimismo, hay que mencionar que los derechos humanos tienen un innegable componente moral y filosófico y han encontrado un progresivo desarrollo a nivel internacional, sobre todo, después de la Segunda Guerra Mundial.

La divulgación de los derechos humanos y su defensa ha permitido despertar conciencia e interés en la población general. Quizá como un reflejo de lo que la cultura democrática del actual Estado constitucional ha conseguido a lo largo de su desarrollo. Por ello, en la formación de una teoría del garantismo, como diría Bobbio se promueve “la construcción de paredes maestras del Estado de Derecho que tienen por fundamento y fin la tutela de las libertades del individuo frente a las variadas formas de ejercicio arbitrario del poder”.¹⁴

Se debe tomar en cuenta que los derechos humanos presentan en el ordenamiento mexicano cuatro características primordiales: *a) máximo rango*, pues se encuentran reconocidos a nivel constitucional, lo que coloca a sus normas en el más alto nivel jerárquico; *b) máxima fuerza jurídica* pues al estar garantizados por el derecho, vinculan a todos los órganos estatales y existen medios específicos para su tutela judicial; *c) máxima importancia de su objeto*, pues no regula cuestiones sin importancia, sino que definen la estructura social, y en ellos encontramos la esencia y valor de nuestra democracia, y *d) máximo grado de indeterminación*, pues para conocer el contenido de dichos derechos se debe revisar las interpretaciones que va estableciendo el juez constitucional.¹⁵

En concreto, los derechos políticos, se reconocen como derechos humanos a raíz de la Ilustración y los primeros textos constitucionales de Francia, Norteamérica y Cádiz, entendiendo que las personas, como integrantes del pueblo o nación, es decir, como ciudadanos, no son súbditos sometidos, sino que tienen el derecho de ser parte de los asuntos públicos, un derecho de carácter inalienable.¹⁶ Y desde la postura del Estado constitucional, los derechos que garantizan la democracia deben considerarse

¹⁴ Bobbio, Norberto, “Prólogo”, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 2001. p. 13. Garantismo, que en el tema electoral es expuesto por José de Jesús Orozco Henríquez, en *Justicia electoral y garantismo jurídico*, México, Porrúa, 2006.

¹⁵ Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático”, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, UNAM-Trotta, 2006, pp. 31-47.

¹⁶ Fix-Fierro, Héctor, *Los derechos políticos de los mexicanos*, México, UNAM, 2006, pp. 1-5.

fundamentales, comprendiendo entre ellos a los derechos políticos, pues es a través de su ejercicio que los ciudadanos pueden votar, ser votados, asociarse para fines políticos y participar en la organización y vigilancia de los procesos electorales.

En México, a raíz de históricos conflictos político-judiciales,¹⁷ el juicio de amparo o de garantías dejó de contemplar entre los derechos fundamentales protegidos a los de carácter político,¹⁸ vinculados directamente al modo de acceder al poder.

Lo anterior, equivalió a dejar en estado vulnerable a los individuos respecto a sus derechos político-electorales. Pese a la mención expresa en la Constitución mexicana y los compromisos internacionales adquiridos, tras la ratificación del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos.

Fue con las reformas constitucionales en materia electoral de 1994, 1996 y 2007, y las respectivas modificaciones a la normatividad secundaria, que se consolidó un sistema de justicia electoral en el que el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación es la máxima autoridad,¹⁹ encargado del control de la constitucionalidad y legalidad de actos y resoluciones, para lo cual se ha establecido un sistema de medios de impugnación que garantiza la definitividad de las distintas etapas de los procesos electorales y la protección de los derechos político electorales de los ciudadanos, en los términos establecidos por los artículos 41 y 99 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁷ Nos referimos al “Amparo Morelos”, en 1870; al cuestionamiento hecho a la reelección de Sebastián Lerdo de Tejada por José María Iglesias (en ese entonces presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y quien de proceder dicho cuestionamiento asumiría la Presidencia de la República), 1876, y a la interpretación de Ignacio L. Vallarta, en 1881, respecto a que el Poder Judicial de la Federación debía abstenerse de conocer de asuntos políticos. Para revisar con mayor profundidad lo ocurrido en las resoluciones del “amparo Morelos” y la “Tesis Vallarta”, véase González Oropeza, Manuel, “El amparo Morelos”, en *Estudios en homenaje del doctor Jorge Barrera Graff*, t. I, México, UNAM, 1989, pp. 811-836; Fix-Zamudio, Héctor, “Ignacio Luis Vallarta. La incompetencia de origen y los derechos políticos”, en *A cien años de la muerte de Vallarta*, México, UNAM, 1994, pp. 19-39; respectivamente.

¹⁸ DERECHOS POLÍTICOS. LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS NO DA LUGAR AL JUICIO DE AMPARO, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Pleno, t. VI, p. 463. Tesis Aislada. La resolución se tomó por unanimidad de 8 votos, el 9 de marzo de 1920.

¹⁹ Exceptuando la acción de inconstitucionalidad de leyes electorales, que son competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La interpretación judicial ha superado la postura reduccionista de ubicar en el contenido de los primeros veintinueve artículos constitucionales a los derechos fundamentales protegidos en el país.²⁰

Y he aquí, en esta última característica, la relevancia del modelo de interpretación judicial que se ha adoptado con la referida reforma, el nuevo orden jurídico nacional ha reestructurado la forma de hacer justicia e interpretar el derecho, pues todos los jueces están obligados en el desempeño de su función a anteponer a cualquier norma, los derechos humanos.

III. EL ESTADO CONSTITUCIONAL

1. *Evolución del Estado de derecho al Estado constitucional*

En los Estados democráticos de Occidente el concepto de Estado de derecho ha pasado a formar parte del derecho constitucional positivo de forma evidente y expresa; su significado debe determinarse en cada caso concreto en el marco de la Constitución en que se halla inserto, sin perjuicio de la validez que puedan tener sus definiciones abstractas.²¹ Así, se suele llamar Estado constitucional al modelo de Estado desarrollado a partir de la terminación de la Segunda Guerra Mundial en los países occidentales de derecho continental, para diferenciarlo del Estado perfeccionado durante el siglo XIX que se identifica como Estado de derecho, y que culminó con el Tercer Reich.

Este modelo de Estado de la posguerra se caracteriza por la importancia de la Constitución, por el reconocimiento constitucional de la dignidad humana como eje de todo el sistema en correspondencia con una teoría individualista de la sociedad, y por su interpretación diferenciada de la ley ordinaria. En este tipo de Estado, la Constitución se va consolidando como norma fundamental, rectora de todo el sistema.²²

²⁰ La Suprema Corte ha reconocido así, por ejemplo, el derecho al mínimo vital que se desprende del artículo 31, fracción IV de la Constitución (la obligación de contribuir al gasto público de manera proporcional y equitativa), interpretándolo en relación con los artículos 1, 3, 4, 6, 13, 25 y 27 de la ley suprema.

²¹ Figueruelo Burrieza, Ángela, *Ensayos de justicia constitucional sobre derechos y libertades*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2009, p. XV.

²² Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2011, p. 109, quien señala que en este modelo la diferencia entre ley y Constitución com-

También hay que precisar que el Estado constitucional se suele identificar con la eliminación de todo rasgo de “absolutismo” que, incluso puede encontrarse en regímenes políticos calificados formalmente como democracias constitucionales. Pero más específicamente, con el término Estado constitucional se alude a la concepción actual del Estado de derecho determinado fundamentalmente por la Constitución, misma que es definida como su norma fundamental (principio de supremacía), la que reconoce y garantiza un conjunto de derechos fundamentales de las personas, conjunto que conforma un verdadero sistema normativo-axiológico que se erige en la parte “dogmática” del derecho constitucional. Respecto de esta dogmática constitucional se ordena, se fundamenta, se limita el otro gran bloque del texto constitucional referido a la organización de los poderes del Estado,²³ en función del principio de su separación y control.²⁴ De esta manera, si el concepto de Estado de derecho expresa el sometimiento del Estado a un conjunto de normas e instituciones jurídicas,²⁵ el Estado constitucional especifica esa relación en el sentido de que la Constitución tiene como una de sus funciones principales garantizar los derechos civiles y políticos de los ciudadanos acomodando a tal fin la organización de los poderes del Estado, pues no es otra la virtualidad del Estado sometido a la Constitución.

En fin, el Estado constitucional del siglo XXI como construcción jurídico-política de origen occidental es aquel que debe hacer de los derechos fundamentales el límite objetivo de la acción estatal.

2. De la división de poderes a la distribución del poder

Entre los elementos esenciales del Estado constitucional, el que se refiere a la división de poderes es, sin duda, el que ayuda en mayor medida a estructurar un verdadero régimen democrático, puesto que asegura la supremacía de la Constitución y permite la efectiva vigencia de los dere-

prende procedimientos de interpretación específicos para cada una. En el primer caso se seguirá usando primordialmente la forma del silogismo y en el segundo, la interpretación se caracterizará por la llamada ponderación de principios.

²³ Peralta, Ramón, “Sobre la naturaleza...”, *cit.*, p. 263.

²⁴ Estos dos elementos inherentes a toda constitución aparecen en el artículo 16 de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que señala “Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes carece de Constitución.

²⁵ Peralta, Ramón, “Sobre la naturaleza...”, *cit.*, p. 1.

chos humanos mediante un efectivo sistema de justicia constitucional, tal y como lo veremos más adelante.

De conformidad con Montesquieu²⁶ y Locke,²⁷ este principio estaba basado en la idea de que los poderes públicos se controlaran unos a otros, garantizando de esta forma la libertad de los ciudadanos. Que una misma persona no posea todo el poder, porque entonces la libertad fenece. Que el titular de alguno de los poderes no lo sea también de otro.²⁸

Al margen de las divergencias que en torno a la expresión se suelen originar, se puede decir que el principio de la división de poderes jamás ha recibido una aplicación práctica completa (es decir, que en ningún Estado ha existido una separación total de poderes), sino que siempre se ha realizado de modo flexible, como reflejo de las muchas excepciones que le han ido imponiendo diversas necesidades dentro del funcionamiento estatal,²⁹ pues los órganos del poder que ejercen las tres funciones clásicas que conocemos han tenido que ceder espacios a otros órganos.

Ahora bien, la separación y control de los poderes del Estado se encuentra en la necesidad de fijar unas reglas jurídico-políticas concretas que permitan la posibilidad de garantizar con efectividad el ejercicio de los derechos individuales que logren configurar un sistema normativo-institucional que haga posible la libertad civil y política de los ciudadanos en el ámbito de una determinada comunidad política.³⁰

Como tal, la división de poderes no solo se ha fortalecido, sino que ha transitado a una eficiente distribución de competencias entre los órganos estatales con la única finalidad de garantizar de una mejor manera el disfrute de los derechos humanos, de proteger desde toda acción estatal, y de una manera intensa, la dignidad de la persona. No obstante, como nos señala Jorge Carpizo, hay que ser muy cautelosos porque una cosa es la colaboración de los poderes y otra muy diferente su confusión. Para la buena marcha del gobierno, necesario es que cada poder ejerza sus funciones y éstas no las puede delegar un poder a otro, a menos que la propia Constitución, en determinadas situaciones, así lo prevea.³¹

²⁶ Véase Montesquieu, *Del espíritu de la leyes*, 3a. ed., trad. de Nicolás Estévez, México, Porrúa, 1977, específicamente el Capítulo de la “Constitución de Inglaterra”.

²⁷ Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, 7a. ed., México, Gernika, 2008.

²⁸ Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, 7a. ed., México, Porrúa-UNAM, 1999, p. 301.

²⁹ Carpizo, Jorge y Carbonell, Miguel, “Voz: División de poderes”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Diccionario de Derecho Constitucional*, t. I, México, Porrúa-UNAM, 2009, pp. 548 y ss.

³⁰ Peralta, Ramón, “Sobre la naturaleza...”, *cit.*, p. 262.

³¹ Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, *cit.*, pp. 301 y 302.

Esto es, si bien, por lo regular cada poder se circunscribe en la órbita de su correspondiente función institucional, ello no impide que se den excepciones más o menos relevantes, de transmisión de funciones atribuidas a otros poderes. Ello, porque la división de poderes que se encuentra diseñada, va a ser lo que cada Constitución diga que es. Así, si la Constitución establece que el Poder Ejecutivo puede realizar algunas funciones legislativas, pues podrá hacer esas funciones sin que ello implique algún problema de constitucionalidad. Si en otros casos la Constitución establece que los órganos jurisdiccionales pueden desempeñar algunas facultades legislativas como los reglamentos, ello también es válido. O bien, si se establece que el Congreso tiene facultades jurisdiccionales, como sucede en México con el juicio político, ello tampoco invade funciones de otro órgano.³²

Bajo estos principios, el Estado distribuye el poder entre diversos órganos, quienes se controlan mutuamente a través de diversos frenos y contrapesos, en tanto así garantizan el correcto funcionamiento gubernamental que permita el disfrute de los derechos humanos y la consecución del bien común.

Así, los órganos e instituciones del Estado encuentran su razón de ser y la justificación de las facultades y competencias que le han sido otorgadas, en cuanto posibilitan un ejercicio efectivo de los derechos fundamentales.

3. *El régimen democrático*

En el ámbito de un Estado constitucional como Estado democrático de naturaleza garantista se destaca la libertad política de los ciudadanos, pues como sabemos la soberanía radica en el pueblo como conjunto de ciudadanos que deciden la conformación de los poderes públicos en orden a legítimar su ejercicio. El derecho a participar en los asuntos públicos, el derecho a elegir los cargos públicos que desempeñan los poderes del Estado, así como el derecho de todo ciudadano a ocupar dichos cargos a partir de un determinado sistema de elección; son los derechos que constituyen la necesaria libertad política que se añade a la libertad civil, en cuanto se constituye el gobierno civil.³³

³² Cossío Díaz, José Ramón, *Constitución, democracia y jurisdicción electoral*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2010, pp. 19 y 20.

³³ Peralta, Ramón, "Sobre la naturaleza...", *cit.* p. 267.

La legitimidad de un Estado democrático y constitucional no radica solo en el resultado de unas elecciones limpias y transparentes que sienten las bases de un Estado de derecho, sino y de modo sustancial, en la protección y mayor fomento de los derechos fundamentales.

Si el Estado constitucional es aquel determinado básicamente por la ley fundamental, ella a su vez lo está por el conjunto de derechos humanos que reconoce y garantiza. Son ellos, su contenido, lo que limita al otro gran bloque del texto referido a la organización de los poderes del Estado.

Los derechos fundamentales constituyen un sistema coherente que inspira a todas las normas e instituciones del mismo. El sistema de derechos aparece, entonces, como elemento legitimador y referente hermenéutico básico del ordenamiento jurídico.

En este sentido, a partir de este dogma, señala el profesor español Eliseo Aja,³⁴ el constitucionalismo actual cuenta con cuatro principales características:

- 1) Primero, por el cambio en las relaciones entre el Estado y la sociedad: la hipótesis en que descansaba la concepción liberal de separación entre el Estado y la sociedad ha desaparecido. El reconocimiento de derechos, significaba que los poderes públicos no debían intervenir en esa esfera reservada a los individuos. Ahora, por el contrario, se obliga desde el texto constitucional a todas las autoridades a proteger, respetar, promover y garantizar los derechos humanos.
- 2) Segundo, porque todas las Constituciones son democráticas y se fundamentan en el principio de soberanía popular: pueden variar las fórmulas de redacción, pero en el fondo, el poder reside en el pueblo y la soberanía popular se ejerce mediante las libertades públicas y el sufragio. En México, la última reforma constitucional en materia política³⁵ buscó consolidar dicho principio y ampliar la participación ciudadana en la toma de decisiones a través de las candidaturas independientes, la iniciativa ciudadana y la consulta popular.
- 3) Como tercer característica, destaca que todas las Constituciones reconocen el pluralismo político y social. En nuestra nación, desde 1977 y, con más intensidad, en las últimas dos décadas, el pluralismo

³⁴ Aja, Eliseo, “Introducción al concepto de Constitución”, en Lassalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Barcelona, Ariel, 2002, pp. 26 y ss.

³⁵ El Decreto por el que se reformaron y adicionaron diversas disposiciones de la Constitución mexicana en materia política, fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de julio de 2012.

político ha florecido como resultado de un auténtico ejercicio de la libertad de expresión, de asociación y de reunión, y en el sufragio libre ha encontrado una garantía más para manifestarse a favor o en contra de las políticas públicas y del gobierno, a través del voto, su anulación o el mismo abstencionismo.

Pero además, el texto constitucional plasma un pluralismo ideológico que convive intensamente: libre comercio, competitividad y, a un lado, derechos laborales y propiedad estratégica del Estado en ciertos sectores; además de garantizar la no discriminación social y nuestro pluriculturalismo enriquecido gracias a nuestros pueblos y comunidades indígenas.

- 4) Una cuarta característica del actual constitucionalismo es el grado de normatividad, muy superior a las anteriores. En el caso mexicano, algunas veces se diría excesivo, pero que deriva de la superposición del principio de constitucionalidad frente al principio de legalidad. No solo el grado normativo en el ámbito de las facultades y obligaciones de las instituciones estatales, en el que se podrían señalar, como ejemplo, el extenso artículo 41 constitucional en materia electoral, sino también el avance y ampliación de derechos que se va presentando, donde ahora se puede encontrar el derecho a la alimentación,³⁶ a la cultura física y al deporte,³⁷ o al agua.³⁸

Así, la Constitución como la decisión política fundamental de una comunidad política, es la primera norma jurídica del Estado. Y al ser la “ley de leyes” produce una serie de consecuencias concretas en el ordenamiento jurídico, concebido éste como un sistema de normas que se rige por los principios de unidad y jerarquía; un ordenamiento jurídico cuya coherencia sistémica exige que todas las normas que lo componen encuentren en la Constitución, en los principios y valores que consagra, la referencia última de su legitimidad y validez, que informa a todo el ordenamiento jurídico de manera determinante.

4. *La justicia constitucional*

Es dentro de este entramado institucional donde resalta la justicia constitucional, con la posición privilegiada que le otorgó el Poder Constituyente.

³⁶ Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de octubre de 2011.

³⁷ *Idem.*

³⁸ Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de febrero de 2012.

Como se ha señalado, uno de los elementos fundamentales del Estado constitucional es el principio de la supremacía de la ley fundamental sobre cualquier otra disposición normativa secundaria o cualquier acto que emane del Estado. Por tanto, los actos del Poder Legislativo y de los demás órganos del Estado no pueden violar las reglas, principios y valores insertos en la Constitución.

Esta supremacía de la Constitución sería imperfecta e inoperante desde el punto de vista jurídico, si no se establecieran en la misma las garantías que la protegieran de los actos inconstitucionales del Estado o de cualquier ruptura del ordenamiento constitucional. La supremacía de la Constitución no tendría razón de ser si a la vez no se fijaran, con precisión, los medios para protegerla tanto de su parte orgánica, incluyendo los procedimientos constitucionales, como en la dogmática. De ahí que la garantía de la Constitución se realice a través de lo que se conoce como justicia constitucional.³⁹

En la actualidad, hay que entender el concepto de justicia constitucional como un concepto material y sustantivo, que no es otro que el conjunto de técnicas tendentes a garantizar e interpretar la Constitución mediante mecanismos tanto políticos como jurisdiccionales. La justicia constitucional considerada como la facultad de los tribunales (sean tribunales constitucionales, ordinarios o especiales) para controlar la constitucionalidad de la legislación, es, sin lugar a dudas, el logro más importante del ciudadano frente a la autoridad absoluta de los órganos del Estado.

En ese sentido, se ha identificado el desarrollo de la justicia constitucional con el de la ley fundamental. Para posteriormente invertir la relación causal entre ambas. Convirtiendo a la justicia constitucional en la medida práctica y concreta de validez de la carta magna, lo que ha transformado las relaciones reales del poder del Estado legislativo a un orden jurisdiccional constitucional, propio del Estado constitucional.⁴⁰

Delimitado el sentido en el que hay que entender en la actualidad la justicia constitucional, es pertinente señalar otro elemento que la caracteriza, como es la relativa a la función o funciones que cumple. Como es sabido surge ante una situación de crisis de la idea de Constitución, como un mecanismo más para afianzar los principios y valores constitucionales y, muy significativamente, los derechos fundamentales y los derechos

³⁹ Brewer-Carías, Allan R., *La justicia constitucional (Procesos y procedimientos constitucionales)*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2007, p. 36.

⁴⁰ Para profundizar en el argumento puede verse Cappelletti, Mauro, *Giudici legislativi*, Milán, Giuffrè, 1984, pp. 3 y ss.

de las minorías frente a las mayorías parlamentarias. Y, en muchos ordenamientos, la introducción de mecanismos de justicia constitucional responde a esa misma idea de tener un garante de la Constitución⁴¹ ante situaciones de crisis o de debilidad institucional. Ciertamente, ese papel de garante de la ley suprema que representa la justicia constitucional resulta más útil en los procesos de transición política desde regímenes autoritarios hacia auténticos sistemas democráticos.⁴²

Otra cuestión que hay que destacar es la del papel que la justicia constitucional representa o puede representar para legitimar el régimen democrático. Si en los viejos y asentados sistemas jurídicos con instituciones de justicia constitucional existe un debate sobre cuál es el fundamento democrático de la existencia y funcionamiento de este tipo de justicia, en otros países y, en especial, en algunos países de América Latina, la cuestión es precisamente la contaria, es decir, que la justicia constitucional se convierte en un elemento muy importante de legitimidad del sistema democrático.⁴³

Desde un ámbito más jurídico formal, el papel de la justicia constitucional es el de impulsar la transformación del ordenamiento jurídico. Así lo ha señalado Pablo Pérez Temps al afirmar que:

La vieja idea de “legalidad” se ve reforzada, y en parte, remplazada, por la idea de “constitucionalidad”. La tradicional concepción de la constitución como norma meramente organizativa y, en cierto sentido, situada en un parámetro casi metajurídico desde el punto de vista material, se ve sustituida por una concepción de la constitución entendida como norma directamente eficaz tanto en sus mandatos organizativos o institucionales, como en aquellos de naturaleza material y sustantiva. Valores y principios constitucionales, hay que insistir, que se proyectan sobre todo el ordenamiento, en buena medida por la acción de la justicia constitucional, que, a través de sus distintas competencias, viene a revisar y a dar una nueva lectura de todo el ordenamiento jurídico.⁴⁴

⁴¹ Esta expresión es citada por el propio Kelsen en Kelsen, Hans, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, trad. de Juan Ruiz Manero, Madrid, Debate, 1988.

⁴² Con relación a Centroamérica, puede verse, por ejemplo, Hernández Valle, Rubén y Pérez Temps, Pablo (dirs.), *La justicia constitucional como elemento de consolidación democrática en Centroamérica*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000.

⁴³ Sobre este tema puede verse Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, *passim*.

⁴⁴ Pérez Temps, Pablo, *Escritos sobre justicia constitucional*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2005, pp. 52 y 53.

En fin, a la justicia constitucional se le ha encargado la defensa directa e inmediata de la norma fundamental. Así, por medio de sus sentencias, limita y controla cualquier pretensión de romper con la dinámica estatal diseñada y afectar con ello el interés común o algún derecho humano, pues de lo que se trata es que mediante la argumentación constitucional se maximice el ejercicio de los derechos, para proteger y ampliar sus contenidos.

5. *Justicia constitucional electoral*

El actual Estado constitucional solo permite concebir al Estado a partir de la consideración de los derechos de la persona como ciudadano, consideración que convierte a los poderes públicos en “mecanismos” de naturaleza jurídico-política tendentes a la protección de la individualidad moral de cada persona. La propia racionalidad del Estado constitucional exige la limitación del poder en beneficio de los derechos y libertades de todos los ciudadanos.⁴⁵

Es al conjunto de derechos civiles y políticos al que debe reconocerse el mayor rango normativo respecto al conjunto de los preceptos constitucionales. Y los poderes públicos de un Estado que se define como “constitucional” deben limitarse a hacerlos efectivos, sin inmiscuirse en el contenido de los mismos en cuanto derechos de libertad, limitándolos solo en el caso de ejercicio espurio de los mismos, es decir, un ejercicio que vulnere los derechos de los demás o se dirigiera contra el orden público delimitado constitucionalmente.

En México, a través del ejercicio de la función del máximo órgano jurisdiccional electoral, la protección de los derechos político-electorales, como derechos humanos que son, se ha diseñado a través del carácter activo y progresista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Este órgano al aplicar un control de la convencionalidad cuando toma sus decisiones, garantiza de una manera más amplia el disfrute de los derechos ciudadanos. En particular, un método interpretativo que resultaba novedoso, se ha expandido con la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011, fortaleciendo así la protección de dichos derechos, pues el marco que dispone el control de convencionalidad, maximiza el contenido y alcance de los derechos humanos en el ordena-

⁴⁵ Peralta, Ramón, “Sobre la naturaleza...”, *cit.*, p. 264.

miento jurídico nacional y, por tanto, de los derechos de la ciudadanía en el contexto de la democracia electoral mexicana.⁴⁶ Convicción que el Tribunal Electoral ejerce con toda decisión en el caso de los grupos sociales menos favorecidos.

En este sentido, los entornos electorales se han afianzado, para privilegiar la participación ciudadana y proteger la decisión mayoritaria expresada en las urnas.

El objetivo ha sido claro, promover, respetar y garantizar el ejercicio de los derechos político-electorales de votar, ser votado, asociarse, afiliarse, acceder a la información y de petición, así como de aquellos derechos fundamentales que se encuentran íntimamente ligados a éstos.

Así, la justicia electoral emerge como la mejor opción para resolver los naturales conflictos políticos y maximizar el disfrute de los derechos ciudadanos.

6. *Ética judicial electoral*

Bajo este panorama, uno de los principales problemas que debe afrontar el Estado constitucional, como producto del positivismo jurídico, es tanto el aislamiento de la realidad por parte de la norma, como el divorcio entre la ética y la voluntad de la autoridad.⁴⁷ No obstante, la intención de otorgar vigencia a la Constitución del Estado, mediante su fuerza normativa no se reduce a una tarea de mera coerción y eficacia de la norma, a través de la jurisdicción constitucional.⁴⁸ Se trata más bien de una toma de conciencia de los intérpretes de la norma suprema, de las posibilidades y límites constitucionales, en función de las necesidades y condiciones de la realidad social, económica, técnica, natural, que permita dar respuesta a los problemas concretos en el marco de los principios y valores constitucionales.

⁴⁶ Con esta reforma constitucional, todas las autoridades del país están obligas a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. De ella se deriva la aplicación del principio *pro persona* y del control de convencionalidad al momento de interpretar las normas de los derechos fundamentales. Aún antes de dicha reforma, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha aplicado el control de convencionalidad como método para ejercer un garantismo judicial. Por ello, la citada reforma viene robustecer sus criterios, expandiendo el modelo de la justicia electoral al resto de las autoridades.

⁴⁷ Cfr. Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997, pp. 25-28.

⁴⁸ Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 61 y ss.

Como se ha señalado, los derechos fundamentales son normas superiores en el Estado constitucional que, en orden a un sistema básico de valores aceptado por la mayoría de la sociedad, concede un sentido unitario al ordenamiento jurídico positivo que se basa en postulados éticos. Esas normas superiores son normas éticas en relación con un sistema objetivo de valores. El orden estatal queda, pues, determinado por un sistema ético-jurídico concreto de rango constitucional que fija tanto el fundamento legitimador como el límite objetivo de los poderes públicos.⁴⁹ Ello ha permitido construir el adecuado escenario para desvelar el rol de la ética en el constitucionalismo, a partir de concebir el pensamiento constitucional con que operan los órganos jurisdiccionales y el papel que cumple la ética a través de sus resoluciones.

Los parámetros objetivos en la actuación judicial tienen su base ética en la convicción personal y en la responsabilidad pública. Así, las autoridades, las y los servidores públicos, han sido habilitados, por la Constitución y las leyes, para el constante ejercicio del poder en beneficio del bien común. Y para guiar su actuación diaria, se han establecido determinados valores y principios éticos que, al ponerlos en práctica, legitiman su desempeño.

No obstante, como el quehacer de los órganos jurisdiccionales cambia según la teoría del derecho que se tome de referencia, se cree adecuado hacer algunos comentarios acerca de la ética judicial.

En relación con el marco constitucional, de carácter garantista y *pro persona*, al que se ha hecho referencia en páginas anteriores, el sistema de ética pública en las democracias es el modelo que más beneficia a la persona y su dignidad, y en él la justicia tiene una función como referente ético en el constitucionalismo y se vuelve un elemento indispensable para la cohesión constitucional.⁵⁰

En el ámbito judicial, principios como los de excelencia, objetividad, imparcialidad, profesionalismo e independencia han sido ratificados en diversos instrumentos iberoamericanos,⁵¹ con el objetivo de consolidar en nuestros países, una justicia moderna y accesible, atenta a todas las

⁴⁹ Peralta, Ramón, "Sobre la naturaleza...", *cit.*, p. 263.

⁵⁰ Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Diez lecciones sobre ética, poder y derecho*, Madrid, Dykinson, 2010, pp. 110 y ss.

⁵¹ Entre dichos instrumentos internacionales podemos mencionar el Estatuto del Juez Iberoamericano (Canarias 2001), el Código de Bangalore sobre la Conducta Judicial (La Haya 2002), las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (Brasilia 2008) y la Carta Iberoamericana de Derechos de las Víctimas (Argentina 2012), entre otros.

personas, con especial cuidado respecto a aquellas que conforman alguno de los grupos vulnerables de nuestras sociedades.

Uno de esos instrumentos es el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial de 2006, mismo que se ha convertido en un punto indispensable de referencia, pues se compone de principios universales fundamentales de independencia e imparcialidad, así como de motivación; que en tanto normas de optimización permite que se apliquen en función de las circunstancias del tiempo y el lugar. Además el Código recoge otros principios complementarios como el conocimiento y la capacitación, la justicia y equidad, la responsabilidad institucional, la cortesía, la integridad, la transparencia, el secreto profesional, la prudencia, la diligencia y la honestidad profesional.⁵²

Códigos como éste, al ser observados, acrecientan la confianza pública en el sistema judicial y robustecen la integridad de las cortes y tribunales.

También existen instancias como la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, que cristalizan los compromisos nacionales por alimentar en la formación de jueces y magistrados las cualidades humanas que permiten realizar de mejor manera sus tareas y encomiendas.

En este orden de ideas, la complejidad de las situaciones en las cuales actuamos los miembros de la judicatura electoral, los desafíos del desarrollo institucional y la exigencia de respetar los intereses legítimos de la ciudadanía y de las agrupaciones y partidos políticos, ponen de manifiesto la importancia de definir con claridad principios específicos que debemos reconocer y asumir. Ello, a pesar de las concepciones jurídicas y circunstancias sociales que rodean a los magistrados y, en última instancia, de la ética de sus cosmovisiones y formas de vida.

En México, para garantizar un disfrute igualitario y efectivo de los derechos fundamentales, que permita vivificar nuestro sistema democrático participativo, se han identificado como valores propios el respeto por la ley electoral y el orden jurídico vigente; la neutralidad, que complementa a la independencia de todo juez; la transparencia vinculada al desempeño de la función en calidad de excelencia; la minuciosidad y exhaustividad, y una esmerada actitud de servicio en las tareas del servidor judicial electoral.

La elaboración de un Código Modelo de Ética Judicial Electoral⁵³ ha sido una ardua tarea, que llena de satisfacción. No obstante, este Código

⁵² Chayer, Héctor Mario, *Ética judicial y sociedad civil. Técnicas de incidencia*, Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung, 2008, pp. 95 y ss.

⁵³ Aprobado por una comisión creada *ex profeso*, a instancias del Tribunal Elec-

es solo un paso dado en el largo camino que queda por andar y por ello es necesario socializarlo para construir trabajos conjuntos en la materia. Para ello, se debe establecer un diálogo permanente sobre la ética judicial electoral para fortalecer las instituciones de justicia y, de esta manera, a las democracias.

El comportamiento ético de las y los servidores públicos es una de las manifestaciones culturales necesitadas de mayor reflexión. El ejercicio del poder conlleva grandes responsabilidades, pues, al resolver, se decide sobre los derechos de otras personas, sobre la dirección de las naciones. De ahí que sea válido seguir preocupados por las acciones de los operadores de la norma constitucional y las motivaciones que les acompañen.

Por todo ello, la actuación judicial del Tribunal Electoral no puede estar desvinculada de un pensamiento institucional, en cuanto expresión del doble carácter de la ética en el ejercicio profesional de la judicatura. Donde la ética objetiva, entendida como la defensa de los valores constitucionales, se traduce en una ética subjetiva, concebida como el respeto de las reglas procesales. Esta ética judicial integral es la síntesis concreta de la convicción de las ideas y de la responsabilidad en la función judicial.

Cabe señalar que la ética judicial en un Estado constitucional incluye derechos y deberes jurídicos que se refieren a las conductas más relevantes para la vida pública y social. Máxime si, al decir de Malen, todo juez requiere ser una buena persona o dicho de otra forma, una mala persona, definida en términos de su rechazo al sistema de valores democráticos y constitucionales, no podría ser un buen juez.⁵⁴

IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN: EL ENCARGO CONSTITUCIONAL

La huella que dejan personas como Jorge Carpizo, el servidor público, el juez, el universitario, marcaron un camino a seguir para todo aquel que se dedique al ámbito constitucional.

Si la profesión del abogado conlleva la defensa de los intereses de sus semejantes, la vocación del constitucionalista adquiere un matiz mucho

toral del Poder Judicial de la Federación y de la Asociación de Salas y Tribunales Electorales de la República Mexicana, durante el Encuentro Nacional de Magistrados en Materia Electoral, celebrado el 30 mayo de 2013 en Monterrey, Nuevo León.

⁵⁴ Malen Seña, Jorge, “¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?, *Justicia Constitucional*, año II, núm. 4, julio-diciembre, 2006, p. 207.

más delicado: la afectación o garantía del pleno ejercicio de sus derechos humanos.

Y esta es la vocación que hemos perseguido los constitucionalistas, al dedicarle nuestra vida profesional. De este tamaño es el compromiso que hemos adquirido.

No importa el ámbito en el que nos desempeñemos, sea la investigación o docencia, como abogados litigantes o servidores públicos, el derecho constitucional no es una rama ideológicamente neutral, sino que toma como referente a la persona y sus derechos fundamentales y esa es la dirección unitaria a la que se debe apuntar.

En el fondo de nuestros ensayos o artículos, en todas nuestras cátedras y conferencias, a lo largo de nuestras demandas y alegatos, en cada uno de nuestros actos como autoridad se debe observar el fundamento de nuestra norma constitucional y desprenderse, sin lugar a dudas, la motivación de beneficiar de la manera más amplia a las personas.

Pues, como diría Fernando Rey,⁵⁵ el ADN del derecho constitucional es la máxima expansión de los derechos fundamentales dentro de un orden social lo más justo e igualitario, que opera en permanente progreso. Por tanto, el constitucionalista debe asumir, de oficio, un peculiar compromiso con el fortalecimiento de la democracia, la dignidad y los derechos.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AJA, Eliseo, “Introducción al concepto de Constitución”, en Lassalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Barcelona, Ariel, 2002.
- ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2004.
- , “Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, 3a. ed. Madrid, UNAM, Trotta, 2006.
- BOBBIO, Norberto, “Prólogo”, en *Derecho y Razón*, Madrid, Trotta, 2001.
- BREWER-CARÍAS, Allan R., *La justicia constitucional (Procesos y procedimientos constitucionales)*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2007.
- CAPPELLETTI, Mauro, *Giudici legislativi*, Giuffrè, Milán, 1984.
- CARPIZO, Jorge, *Estudios constitucionales*, 7a. ed. México, Porrúa-UNAM, 1999.

⁵⁵ Rey Martínez, Fernando, *La dignidad humana en serio...*, cit., p. XXIV.

- , Discurso pronunciado en la ceremonia organizada por Amnistía Internacional, sección mexicana, el 10 de diciembre de 1999, publicado en *Derechos Humanos y Ombudsman*, 3a. ed. México, Porrúa, 2003.
- CARPIZO, Jorge y CARBONELL, Miguel, “Voz: División de poderes”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *Diccionario de Derecho Constitucional*, t. I, México, Porrúa-UNAM, 2009.
- CHAYER, Héctor Mario, *Ética judicial y sociedad civil. Técnicas de incidencia*, Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung, 2008.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Constitución, democracia y jurisdicción electoral*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2010.
- FERRERES COMELLA, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, *Ensayos de justicia constitucional sobre derechos y libertades*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2009.
- FIX-FIERRO, Héctor, *Los derechos políticos de los mexicanos*, México, UNAM, 2006.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Ignacio Luis Vallarta. La incompetencia de origen y los derechos políticos”, en *A cien años de la muerte de Vallarta*, México, UNAM, 1994.
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, “El amparo Morelos”, en *Estudios en homenaje del doctor Jorge Barrera Graff*, t. I, México, UNAM, 1989.
- HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, México, UNAM, 2003.
- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén y PÉREZ TEMPS, Pablo (dirs.), *La justicia constitucional como elemento de consolidación democrática en Centroamérica*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000.
- HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- KANT, Immanuel, *Crítica de la razón práctica*, Edición bilingüe alemán-español, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 2001.
- KELSEN, Hans, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, trad. de Juan Ruiz Manero, Madrid, Debate, 1988.
- LEFRANC WEEGAN, Federico César, *Sobre la dignidad humana. Los tribunales, la filosofía y la experiencia atroz*, México, UBIJUS, 2011.
- LOCKE, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, 7a. ed. México, Gernika, 2008.
- MAIHOFFER, Werner, *Estado de derecho y dignidad humana*, Buenos Aires, B de f, 2008.
- MALEN SEÑA, Jorge, “¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?, *Justicia Constitucional*, año II, núm. 4, julio-diciembre de 2006.

- MONTESQUIEU, *Del espíritu de la leyes*, 3a. ed., trad. de Nicolás Estévez, México, Porrúa, 1977.
- PERALTA, Ramón, “Sobre la naturaleza del Estado Constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 125, julio-septiembre de 2004.
- PÉREZ TREMPES, Pablo, *Escritos sobre justicia constitucional*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2005.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Diez lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*, Madrid, Dykinson, 2010.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, *La dignidad humana en serio. Desafíos actuales de los derechos fundamentales*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2011.

LA REFORMA CONSTITUCIONAL RELEVANTE. LIBERTADES FUNDAMENTALES Y CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN

José Miguel MADERO ESTRADA*

SUMARIO: I. *Introducción sobre los temas relevantes.* II. *Breve esbozo del procedimiento de reforma constitucional.* III. *La reforma sobre derechos y libertades fundamentales.* IV. *Análisis del bloque de derechos sociales.* V. *Enunciados de derechos sobre convencionalidad.* VI. *La creación de Sala Constitucional Electoral y los medios de control constitucional.* VII. *Fuentes de información.*

I. INTRODUCCIÓN SOBRE LOS TEMAS RELEVANTES

He elegido este tema en honor al doctor Jorge Carpizo, haciendo eco de su pensamiento vanguardista y su ejemplo como un gran académico y jurista mexicano a quien reconocemos su legado intelectual. Agradezco por ello la generosa invitación formulada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, para participar en este merecido homenaje.

En ese tenor, deseo abordar, desde la perspectiva del derecho local un conjunto de reformas constitucionales a las que considero relevantes ocurridas en Nayarit en los últimos años. Me refiero al nuevo régimen de libertades y derechos fundamentales y a su control en sede judicial.

La dimensión que han adquirido los cambios constitucionales resulta de especial relevancia, donde lo local puede generar armónicamente un avance hacia la globalización de la cultura constitucional de nuestro tiempo, al contrario de quienes suponen que lo local es secundario o derivado.

* Profesor en la Universidad Autónoma de Nayarit, de su Unidad Académica Facultad de Derecho, de la que fue director; es perfil PROMEP y miembro del Sistema Nacional de Investigadores nivel 1. Magistrado de la Sala Constitucional-Electoral del Poder Judicial del Estado de Nayarit.

Surge pues la idea de elaborar este ensayo con el objeto de hacer un análisis exhaustivo de algunos de los principales temas que se recogen de fuente parlamentaria, haciendo acopio de los dictámenes y publicaciones oficiales del proceso legislativo sobre reformas a la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nayarit, todo ello mediante una clasificación que abarca solo los derechos y libertades fundamentales y el control constitucional, reformas a las que considero de extraordinario valor político, propicias para fomentar un diálogo de la vida constitucional nayarita y su visión comparativa nacional.

Ello sin desconocer que durante los últimos seis años se han introducido a la Constitución otros temas de enorme relevancia, como los medios de participación democrática de los ciudadanos; el sistema penal acusatorio y oral, la extinción de dominio y la fiscalía general que sustituye a la extinta procuraduría, temas que no quedan comprendidos en este estudio.

Creo que en los últimos años las demandas democráticas han logrado fomentar el respeto a la pluralidad y una convivencia pacífica para el disfrute de los derechos y libertades consagrados en la Constitución, prueba de ello, lo constituye el alcance de la reforma de derechos humanos tratándose de las obligaciones que el Estado ha asumido en materia de respeto y protección ante la comunidad internacional, de tal suerte que la protección en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención Americana, reconoce ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que las autoridades están legalmente impedidas o en las que solo pueden penetrar limitadamente. Así, la protección de los derechos humanos comprende la necesaria restricción al ejercicio del poder estatal.

Aunque hace falta consolidar una verdadera cultura, la Constitución nayarita está en el proceso de dejar de ser una ley del poder y para el poder, de uso exclusivo para la clase gobernante, ya que durante muchos años casi todas las reformas fueron dirigidas a la organización y funcionamiento de los órganos e instituciones públicas, en demérito de ocuparse de una estructura constitucional en favor de los derechos y libertades de los ciudadanos, sin hacer efectiva la garantía de su pleno goce y ejercicio, ello hasta finales de 2009, año en que se publicó la reforma en materia judicial de Nayarit, en aras de la defensa constitucional de los derechos humanos.¹ Hoy, ese panorama ha cambiado para bien,

¹ Véase: Groppi, Tania, *La reforma constitucional en los estados federales*, prólogo de

aunque parece insuficiente que dentro del catálogo de derechos sociales constitucionalizados se encuentren algunas categorías que todavía están supeditadas a la labor escurridiza del legislador ordinario, así como a la voluntad política de los gobernantes, antes que atender a la fuerza vinculante prescrita en la norma constitucional reformada. Tal es el caso de los derechos de los pueblos indígenas, el derecho al sistema de becas, el derecho a participar libremente en la vida cultural y artística, el derecho al agua, el derecho a la medicina genómica, el derecho gratuito a las mujeres embarazadas y el derecho de productores, ganaderos y pescadores a un seguro de vida, cuya existencia se limita simplemente a ser parte del discurso constitucional.

Por lo visto, la problemática de la reforma constitucional local es el signo en una sociedad pluralista, donde los actores políticos si bien todavía se resisten a aceptar controles y equilibrios para la gobernabilidad democrática en un Estado regido plenamente por la Constitución, encuentran en ella la razón de sus principales programas electorales. Más allá de las fronteras formales que imponen los requisitos y procedimientos de reforma, es obvio que depende de factores políticos inminentes a cargo de los actores que ejercen esa facultad constitucional.

En virtud de que nuestra ley fundamental es norma escrita, suprema y rígida, valdría la pena que la población mediante referéndum tenga la facultad de limitar la discrecionalidad política sin control del órgano revisor. Actualmente, el referéndum en Nayarit está previsto en el artículo 17² de la Constitución de Nayarit y mediante este instrumento puede someterse a la aprobación de los ciudadanos los proyectos de reforma total de la Constitución, lo cual parece una añoranza empapada de ficción política porque tiene el desatino de desafiar las atribuciones de los poderes constituidos y la naturaleza del propio órgano revisor. ¿Cuándo y quién va a decidir legítimamente que se requiere una reforma total a la Constitución?

Gustavo Zagrebelsky, FUNDA, INAFED y Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2003.

² Al efecto el artículo 17 de la Constitución Política de Nayarit en lo conducente establece: 17.- Son derechos del ciudadano nayarita: I. Votar y ser votado en las elecciones estatales y municipales; y participar en los procesos de plebiscito, referéndum e iniciativa popular, en los términos que establezcan las leyes. La Ley regulará los mecanismos de participación ciudadana en los procesos de referéndum, plebiscito e iniciativa popular, los que se regirán por los siguientes principios: a) El referéndum tiene por objeto someter a la aprobación de los ciudadanos respecto de los siguientes supuestos: 1.- Proyectos de reforma total de la Constitución, y 2.- Leyes en los términos y materias que la ley determine.

II. BREVE ESBOZO DEL PROCEDIMIENTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Antes de entrar al estudio central de este ensayo, daremos un breve esbozo al procedimiento de reforma constitucional en el estado de Nayarit, mismo que está previsto en los artículos 131 y 132 de la Constitución, los cuales establecen:³

Artículo 131. Esta Constitución puede ser adicionada o reformada. Las proposiciones que tengan este objeto deberán ser presentadas por cualquier diputado integrante de la legislatura o ser iniciadas por el Ejecutivo del Estado, necesitándose para su aprobación el voto afirmativo de las dos terceras partes de los diputados miembros del Congreso, así como también de las dos terceras partes de los Ayuntamientos.

A partir de la recepción del proyecto de reforma o adición a esta Constitución que les remita el Congreso a los Ayuntamientos, contarán con un plazo de treinta días hábiles para emitir su voto y hacerlo del conocimiento de la Legislatura; en caso de omisión se computará en sentido aprobatorio.

Artículo 132. Las proposiciones de reforma o adición, que no fueren admitidas por la Legislatura, no podrán repetirse en el mismo período de sesiones.⁴

De los artículos se desprende el principio de reformabilidad, el derecho de proponer iniciativas constitucionales, los requisitos para su aprobación y trámite, el plazo que para su aprobación se confiere a los Ayuntamientos

³ Además de dichos preceptos constitucionales, debe tenerse en cuenta que el artículo 17, fracción I, inciso a, reconoce como derechos del ciudadano nayarita participar en el referendo de los proyectos de reforma total a la Constitución, como ya se mencionó anteriormente.

⁴ De acuerdo con los antecedentes de 1918, el texto original de los citados preceptos, fue el siguiente: “Artículo 131. Esta Constitución puede ser adicionada o reformada. Las proposiciones que tengan este objeto, deberán estar suscritas por cinco diputados o ser iniciadas por el Ejecutivo del estado. Artículo 132. Las proposiciones de reforma o adición que no fueren admitidas por la legislatura, no podrán repetirse en el mismo periodo de sesiones”. Estos artículos se modificaron a lo largo del tiempo. La primera vez, en 1919, para incluir la votación calificada de los diputados; la segunda, ocurrida en 1941, a fin de incluir la aprobación de las dos terceras partes de los Ayuntamientos y derogar el texto del original artículo 133. La tercera reforma consistió en conferir igual derecho a todos los diputados para presentar iniciativas; la cuarta y última modificación en vía de adición, se efectuó el 13 de octubre de 2012, con el objeto de fijar un plazo a los Ayuntamientos para la aprobación de la minuta y, en caso de no hacerlo, el voto será computado en sentido afirmativo.

y, de omitirse, la aplicación del principio de afirmativa ficta, así como los efectos de la no admisión de las proposiciones de reforma.

Siguiendo las ideas expuestas por el maestro Jorge Carpizo, adición y reforma significan de todos modos alteración parcial de la Constitución, pero sin que ninguna de ellas pueda afectar su esencia o cambiarla por una nueva, porque sigue siendo la misma Constitución, solo que adaptada a la cambiante realidad.⁵

De esta forma, el derecho de iniciativa para promover una reforma constitucional en el estado de Nayarit, consiste en la proposición que por escrito presentan exclusivamente los diputados y el gobernador, ante el Congreso, a efecto de que, en funciones de órgano revisor, estudie y resuelva sobre las modificaciones planteadas, le dé el trámite que corresponda ante los Ayuntamientos y emita, en su caso, el decreto promulgatorio.⁶ La única función del órgano revisor es adicionar y reformar la Constitución.⁷

Ahora bien, el trámite de la reforma constitucional es multiinstancial, comienza obligatoriamente en el Congreso y, aprobado el proyecto, se remite a los Ayuntamientos. Aprobado por la mayoría calificada de éstos, se vuelve a remitir al Congreso o Diputación Permanente para el cómputo, declaratoria y promulgación. Los Ayuntamientos deben cumplir con esa obligación en el plazo de 30 días hábiles, caso contrario se entenderá que la aprueban. En su desahogo, los cabildos deben respetar los derechos institucionales y los plazos y formalidades de ley.

En cambio, las Constituciones de Coahuila, Hidalgo, Nayarit y San Luis Potosí señalan expresamente quién es el sujeto o ente con facultades para presentar la iniciativa constitucional, pero ninguna de ellas tiene

⁵ Carpizo, Jorge, *La reforma constitucional en México: procedimiento y realidad*, UNAM, 2010, p. 9.

⁶ Algunas Constituciones no establecen expresamente el sujeto o ente público con facultades para presentar iniciativas de reforma constitucional, como son: Aguascalientes, Campeche, Colima, Chihuahua, Durango, México, Morelos, Guanajuato, Querétaro, Sonora, Tlaxcala, Veracruz y Zacatecas. Implícitamente se desprende, en todas ellas, que la facultad de iniciativa constitucional se equipara en el derecho de iniciativa de leyes o decretos. Michoacán y Oaxaca remiten expresamente al derecho de iniciativa de ley.

⁷ La vía empleada para modificar la Constitución, terminológicamente hablando, es tanto la *adición* como la *reforma*. En las Constituciones de Jalisco y Veracruz se utiliza el vocablo “reforma” indicando con ello cualquier tipo de modificación constitucional. En la de Campeche, además de esos vocablos, se incluye la “derogación”. Con un lenguaje más moderno, Coahuila le llama —de manera incluso más técnica— “bloque de la constitucionalidad” al conjunto de modificaciones que forman parte de la Constitución, y se refiere a ella como la “ley suprema coahuilense”. En Michoacán las adiciones o reformas se publican como “leyes constitucionales”.

similitudes. Hidalgo es la única entidad donde se confiere expresamente este derecho al Tribunal Superior de Justicia y al procurador general de justicia, y asume una vocación municipalista en la formación de la voluntad estatal, al ser la única Constitución que confiere a cuando menos diez Ayuntamientos el derecho de iniciar reformas constitucionales.

La Constitución no tiene por qué prever el derecho de veto del titular del Ejecutivo sobre el decreto de adiciones o reformas aprobado por el órgano revisor, ya que se trata de una norma política fundamental.⁸

Si los Ayuntamientos desechan el decreto de reforma, el Congreso comprobará que las propuestas de reforma no reunieron la votación calificada a favor de la minuta, de acuerdo con las respectivas actas de Cabildo. Esta situación permite observar que nace un derecho conferido a las minorías, tanto al interior del Congreso como en los Ayuntamientos, lo que acentúa la rigidez del procedimiento.⁹

En efecto, si lo vemos como un derecho de oposición democrático, resulta que la Constitución concede ese derecho a la minoría de diputados locales, dotándolo de la fuerza mínima, pero suficiente, para impedir que precisamente se reúna la votación calificada favorable a un proyecto de re-

⁸ Siguiendo los antecedentes más fieles del federalismo mexicano, se encuentra que el veto presidencial a las reformas constitucionales estuvo prohibido expresamente en la Constitución de 1824. El artículo 170, señaló: “Para reformar y adicionar esta Constitución o la acta constitutiva, se observarán además de las reglas prescritas en los artículos anteriores, todos los requisitos prevenidos para la formación de las leyes, a excepción del derecho de hacer observaciones concedido al presidente en el artículo 106.

De la misma forma, el artículo 133 de la original Constitución Política del Estado de Nayarit expedida el 5 de febrero de 1918, señaló: “Las leyes fundamentales no necesitan la sanción del Poder Ejecutivo”. Este texto fue suprimido mediante Decreto 2159 del 3 de septiembre de 1941.

⁹ Hay críticas al procedimiento seguido en los Ayuntamientos, pues se caracterizan por ser un mero trámite, con votación corporativa de disciplina de partido del cuerpo edilicio y desconocimiento de los alcances sobre las modificaciones constitucionales. Al menos en las Constituciones de Aguascalientes, Coahuila, Colima, Morelos y Jalisco la minuta que el Congreso remite lleva adjunta copia del expediente y diario de los debates, a fin de que las corporaciones municipales se enteren del sentido de las discusiones parlamentarias. Hidalgo, reconoce la autonomía municipal para proponer reformas constitucionales. En la Constitución queretana, los Ayuntamientos deberán fundar y motivar su voto ya fuere a favor o en contra, y les confiere el derecho a participar en el estudio y dictamen de la iniciativa, conforme al citatorio que haga el Congreso, de suerte que los gobiernos municipales, al menos en el papel, tienen una participación más activa en la formación de la voluntad estatal.

Para evitar trámites dilatorios injustificados, se impone un plazo fatal a los Ayuntamientos para que definan su voto y devuelvan los expedientes: Aguascalientes (15 días), Coahuila, Colima, Nayarit (30 días), Querétaro y Zacatecas (30 días), Morelos, Michoacán, Jalisco y Tlaxcala (un mes) y Chihuahua (40 días).

forma y lograr que sea desechada. Y, en ulterior instancia, basta también el voto de la minoría de Ayuntamientos, para que se deseche el proyecto.

Luego entonces, cualquier modelo de reforma constitucional que se precie de valores democráticos debe superar positivamente los desafíos de la pluralidad y la transición de partidos o coaliciones gobernantes en los poderes Legislativo y Ejecutivo y los municipios. Esto es, la fórmula que se adopte debe ser capaz de regular pacíficamente cualquier escenario partidista.

III. LA REFORMA SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES

1. Semblanza y contexto del marco constitucional

Los derechos y libertades fundamentales del pueblo nayarita se encuentran, desde 1918, consagrados en el artículo 7o. de la Constitución nayarita. El precepto nació apenas con ocho fracciones.¹⁰

Dicho artículo mantuvo su texto original por más de 75 años y el breve catálogo de derechos tuvo el mérito de no hacer excepción sobre la condición de habitante, vecino, nayarita, ciudadano nayarita, nacional, extranjero, residente o transeúnte, y de su contenido se derivó una lista de garantías de igualdad, propiedad, libertad y al final, abrió la puerta para adoptar los derechos establecidos en la ley fundamental del país.¹¹

¹⁰ Artículo 7o. El Estado garantiza a sus habitantes sea cual fuere su condición: I. La más estricta igualdad ante las leyes, sin otras diferencias que las que resulten de la condición natural o jurídica de las personas. II. La libertad de trasladarse o cambiar de residencia. III. El derecho de propiedad y la libertad de disponer de ella en la forma y términos establecidos por el artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. IV. La libertad de trabajar y disponer de los productos del trabajo, de acuerdo con las prescripciones que establecen las leyes relativas. V. La libertad de cultos y creencias religiosas. VI. La libertad de externar el pensamiento sin más limitaciones que el respeto a la moral, a la vida privada y la paz pública. VIII. La libertad de asociarse o reunirse para cualquier objeto lícito, pero con las restricciones y prerrogativas a que se refiere el artículo 9o. de la Constitución General de la República. VIII. Los demás derechos a que se refiere el Título I, Capítulo I, de la Constitución General.

¹¹ Un dato revelador es que habiéndose contabilizado un total de 179 palabras en el original artículo 7o. aprobado por el Constituyente en 1918, los cambios realizados después de 95 años arrojan un texto voluminoso con 2,836 palabras, lo que representa un crecimiento explosivo del 920.11 por ciento, porcentaje singular dentro de las características de todo el articulado constitucional.

La primera reforma de este artículo tuvo lugar hasta el 18 de agosto de 1993, con el objeto de establecer los derechos de los pueblos indígenas. La segunda fue el 26 de abril de 1995 y consistió en adicionar una fracción sobre la seguridad pública como una función del estado y los municipios.

A partir del 14 de noviembre de 2007 en que fue incorporado el derecho de acceso a la información pública, la transparencia y protección de datos personales, de manera sucesiva se fueron dando modificaciones para incluir por vez primera un catálogo de derechos sociales y garantías procesales, mediante diversas publicaciones en el medio oficial local ocurridas entre 2008 y 2013, inclusive.

Esa cascada de modificaciones puede catalogarse de gran valor normativo porque enriqueció el precepto hasta convertirlo en un texto garantista y paradigmático —diferente al simple listado de derechos sin una tutela jurisdiccional efectiva— toda vez que, simultáneamente, se introdujeron a nuestra ley suprema local los medios de control y defensa de la constitucionalidad, que serían del conocimiento de una Sala Constitucional Electoral adscrita al Poder Judicial del Estado.

2. El nuevo encabezado del artículo 7o. constitucional

El nuevo encabezado toma en cuenta el reciente contexto derivado de la reforma en materia de derechos humanos garantizados por la Constitución y los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano. Ello al tenor siguiente:

Artículo 7o. El Estado tiene la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Todos los habitantes del estado gozarán sea cual fuere su condición.¹²

De esta manera, se impone al Estado la obligación de garantizar los derechos a sus habitantes, sea cual fuere su condición, atendiendo al criterio de universalidad, es decir, dirigido a todas las personas atribuidas con esa calidad por las normas jurídicas, de donde resulta que esos derechos son inalienables y no negociables tanto por lo que respecta al ámbito perso-

¹² Reforma publicada el 23 de junio de 2012 en el *Periódico Oficial*, Órgano del Gobierno del Estado de Nayarit.

nal del sujeto que es su propio titular, como frente al poder público. Ni siquiera por su propia voluntad puede una persona dejar de ser titular de los derechos que le corresponden, no solo frente al derecho interno o local, sino atendiendo al estatuto jurídico supranacional que deviene de los diversos pactos, tratados y convenciones internacionales suscritos por Estado mexicano, principalmente la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros.

La existencia y reconocimiento de los derechos fundamentales en la Constitución va a garantizar un estatus de la persona frente a todo el ordenamiento jurídico y a la actuación de cualquier autoridad. Es por ello, que además de su ubicación constitucional, específicamente en la parte dogmática, son derechos preexistentes a la acción del legislador ordinario, debiendo ser reconocidos por cualquier órgano jurisdiccional como una realidad jurídica a partir de su vigencia en la Constitución.

Así, con el objeto de diferenciar los derechos fundamentales que el Estado tiene el deber de garantizar a sus habitantes, sea cual fuere su condición, con los derechos humanos —cuyo *nomen iuris* es utilizado en el ámbito internacional— es que estos últimos tienen como característica la universalidad (sin importar origen, edad, raza, sexo, color, preferencia sexual, opinión política o religiosa); son permanentes (evolucionan para ser cada vez más incluyentes); son progresivos (se van incrementando según las condiciones del desarrollo social, cultural, político o económico) y son preexistentes (deben ser reconocidos por la Constitución, sin que puedan ser afectados por reforma alguna). El *Diccionario de Derecho Constitucional* los define como el “conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos de garantía de todas ellas, que se reconocen al ser humano, considerado individual o colectivamente”.¹³ En ese mismo sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, siguiendo una postura iusnaturalista, expresa que los derechos humanos son el conjunto de derechos inherentes a la naturaleza humana, sin los cuales no se puede vivir con la dignidad que corresponde a toda persona por igual y que son

¹³ Carbonell, Miguel (coord.), *Diccionario de Derecho Constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2002, p. 173.

necesarios para la existencia de los individuos y la colectividad. Buscan principalmente la equidad entre los ciudadanos.¹⁴

Por lo tanto, mientras las garantías individuales son los mecanismos que se establecen en la Constitución como verdadera garantía de los derechos fundamentales de toda persona, los derechos humanos son un capital de derechos anteriores y por encima del poder público, por lo cual aunque no estén consagrados en la Constitución, el Estado tiene el deber de reconocerlos, respetarlos y garantizar su protección. Por consiguiente, los derechos fundamentales concretan los derechos humanos en el ámbito nacional.

3. *Libertad y dignidad humanas*

El órgano reformador local introduce la libertad y dignidad humanas en el artículo 7o., fracciones II y III, al tenor siguiente:¹⁵

Artículo 7o...

II. La plena libertad humana sin más limitaciones que las impuestas por la propia Constitución.

III. La dignidad humana, los derechos que le son inherentes, el ejercicio libre de la personalidad, el respeto a la ley y al derecho ajeno, constituyen la base del estado democrático, la seguridad pública y la paz del Estado de Nayarit.¹⁶

Con el enunciado de la fracción II se reconoce un derecho protector muy amplio que encuentra grandes desafíos para su cumplimiento, atendiendo a la gama de libertades que son susceptibles de protección constitucional.

La libertad en toda sociedad democrática suele ser restringida a efecto de resguardar el orden público, los intereses sociales y los derechos de terceros; sin embargo, los supuestos de posibles restricciones deben estar previstos dentro de la misma Constitución.

¹⁴ Véase Registro 171789; Novena Época, Segunda Sala, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXVI, agosto de 2007 p. 635, tesis 2ª. CV/2007, materia constitucional.

¹⁵ Reforma publicada el 16 de diciembre de 2010 en el *Periódico Oficial*, Órgano del Gobierno del Estado de Nayarit.

¹⁶ Parece que el legislador nayarita se inspiró en la Constitución de España, la cual, en su artículo 10.1 señala exactamente casi las mismas palabras: "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social".

Ahora bien, no se crea que las restricciones son *estricto sensu*, sino que se insertan dentro de los valores que componen el funcionamiento de un sistema democrático, a tal grado que la Suprema Corte de Justicia ha dicho que cuando el ejercicio de un derecho fundamental entre en conflicto con el ejercicio de otros, prevalece el criterio de atender su peso relativo a la luz de la totalidad y bienes relevantes y así determinar cuál debe prevalecer a efecto de valorar la razonabilidad constitucional del acto o norma reclamados. En el caso que sea la misma norma constitucional o algún tratado internacional los que incluyan límites específicos, no es necesario determinar si esa limitación está o no justificada, sino que, a menos que pueda calificarse de censura previa, será obligado a concluir que es inconstitucional y solo si la conclusión es negativa será preciso examinar si es inconstitucional por otros motivos.¹⁷

Corresponde al artículo 7o., fracción III, garantizar a los gobernados la dignidad humana y todos los derechos y valores que le son inherentes. Al igual que la anterior, se trata de una fracción que afianza el sentido normativo de la Constitución, al establecer un conjunto de derechos que viven al amparo de la dignidad que posee cualquier persona como centro y fin de su existencia y desarrollo humano. Al respecto, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

DIGNIDAD HUMANA. EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO LA RECONOCE COMO CONDICIÓN Y BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES. El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todas las personas son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razones étnicas o de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social que atente contra la dignidad humana y que, junto con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos suscritos por México, reconocen el valor superior de la dignidad humana, es decir, que en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, constituyéndose como un derecho absolutamente fundamental, base y condición de todos los demás, el derecho a ser reconocido y a vivir en y con la dignidad de la persona humana, y del cual se desprenden todos los demás derechos, en cuanto son necesarios para que los individuos desarrollen integralmente su personalidad, dentro de los que se encuentran, entre otros, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al libre desarrollo de la

¹⁷ Véase Tesis 1ª LIX/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXV, febrero de 2007, p. 632.

personalidad, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal. Además, aun cuando estos derechos personalísimos no se enuncian expresamente en la Constitución General de la República, están implícitos en los tratados internacionales suscritos por México y, en todo caso, deben entenderse como derechos derivados del reconocimiento al derecho a la dignidad humana, pues sólo a través de su pleno respeto podrá hablarse de un ser humano en toda su dignidad.¹⁸

Así, la dignidad humana se alza como uno de los valores superiores del derecho positivo y un principio constitucional que a su vez impulsa otros derechos fundamentales para el libre desarrollo de la persona y sus derechos. Por ello, se le considera el fundamento de los derechos que tienen una posición central en el ordenamiento jurídico y se reconocen de manera natural a las personas por cuanto que van implícitos valores y dimensiones de su propia existencia y por supuesto el pleno goce de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución.¹⁹

Cuando se habla de *ejercicio libre de la personalidad* se refiere a un reconocimiento constitucional de derechos derivados de la dignidad humana que se expresa en el conjunto de derechos que no pueden ser interferidos por nadie. En cierto modo, se trata del derecho a la libertad general de actuación humana en el más amplio sentido, pues no opera respecto de una conducta determinada ni en un ámbito específico, en los términos adoptados en los tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos por el Estado mexicano. Comprende las facultades de hacer y omitir lo que se quiera de acuerdo con la voluntad propia, siempre y cuando no existan restricciones.

De manera muy ilustrativa, la fracción III despliega en su parte final un discurso constitucional diferente a la garantía protectora de dignidad humana, o cuando menos se ubica en otra línea argumentativa, cuando estipula premisas de naturaleza social y política, toda vez que se privilegia a los valores de “respeto a la ley” y al “derecho ajeno”, a los cuales se

¹⁸ Tesis aislada P. LXV/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 8.

¹⁹ No obstante de que se trata de una modificación trascendental para el constitucionalismo, el dictamen de las comisiones unidas de Gobernación y la de Puntos Constitucionales de la XXIX Legislatura, fechado el 9 de diciembre de 2010, se limitó a señalar sin mayores argumentos, lo siguiente: “... se incorporan elementos esenciales para la debida protección de derechos fundamentales en un régimen constitucional de derecho, tal y como lo son la plena libertad humana sin más limitaciones que las impuestas por la ley, así como la protección de la dignidad humana como fuente de todos los derechos esenciales del hombre”.

les reviste de la atribución de constituir la “base del estado democrático, la seguridad pública y la paz”, conceptos que si bien están en armonía con los fines supremos del Estado, reflejan una constante de las preocupaciones de nuestro tiempo.

Sin embargo, el estatuto constitucional de los derechos y libertades de las personas no solo se limita a proteger la expresión concreta de integridad moral o dignidad, como son el derecho al desarrollo de la personalidad, al honor, la intimidad, la imagen, entre otros; tampoco se constriñe a defender la vida y la integridad física de las personas, sino que para fortuna de las instituciones constitucionales democráticas tiene cabida en dicho estatuto todas las expresiones plurales de derechos, como son los derechos civiles, los derechos políticos y por supuesto los derechos sociales o colectivos cuyo objetivo es responder a las expectativas del desarrollo democrático, la igualdad social y la justicia.

4. *El derecho de acceso a la información pública*

Al tenor de la fracción XII del artículo 7o., se incorpora un conjunto de derechos considerados por la doctrina como de última generación.²⁰ Así, el derecho a la información consiste en un conjunto de facultades para recibir, difundir e investigar fuentes de información, de modo que suele emplearse como correlativo del derecho a ser informado. Por ello, es una prerrogativa de todas las personas tener acceso a datos, registros y todo tipo de información en poder de entidades públicas y personas jurídicas que ejercen gasto público y que cumplen funciones de autoridad. Sin embargo, es importante precisar que la información a que este derecho se refiere es toda aquella que incorporada a un determinado mensaje tenga un carácter público y sea de interés general, es decir, todos los datos, hechos, noticias, opiniones e ideas que puedan ser difundidos, recibidos, investigados, acopiados, almacenados, procesados o sistematizados por cualquier medio, instrumento o sistema, con las excepciones taxativas que establezca la ley según los valores de una sociedad democrática. La información, como bien jurídico tutelado a nivel constitucional, es necesaria para poder ejercer diversos derechos fundamentales.

Por ello, constitucionalmente se reconoce en favor de las personas, una amplia gama de derechos:

²⁰ Reforma publicada el 16 de diciembre de 2010 en el *Periódico Oficial, Órgano del Gobierno del Estado de Nayarit*.

- a) El efectivo acceso a la información pública en favor de las personas respecto de la información generada, administrada y en posesión de cualquier entidad estatal o municipal.
- b) El acceso, rectificación, cancelación y reposición de los datos personales.
- c) El resguardo, protección y tratamiento de la información restringida, ya sea en su modalidad de reservada o confidencial, que obre en cualquier archivo público, y
- d) La transparencia de la información pública fundamental, principalmente la que se realiza por medios electrónicos.

Conforme lo anterior, el derecho de acceso es un derecho fundamental y para que una persona tenga acceso a la información pública, el proceso debe ser simple, rápido y gratuito o de bajo costo, sujeto desde luego a un sistema restringido de excepciones, las que solo se aplicarán cuando exista un riesgo de daño sustancial a los intereses protegidos y cuando ese daño sea mayor que el interés público en general de tener acceso a la información.

Siendo pues un derecho fundamental cuya observancia debe garantizarse por las autoridades vinculadas mediante procedimientos ágiles, claros y expeditos, en ese sentido, cualquier manifestación de circunstancias de hecho que no constituyen causa de fuerza mayor probada, no pueden eximir del deber de cumplir con las obligaciones que impone la ley.

De esta manera, los sujetos obligados al producir información pública tienen el deber de resguardarla y comunicar a los gobernados las actividades que realizan y los resultados alcanzados, para así ejercer el derecho de acceso libre y oportuno a ella, con las limitantes que para fines prácticos se pueden clasificar en razón del interés nacional e internacional, por intereses sociales y para protección de la esfera personal.

Esas limitaciones o excepciones, ubican a las autoridades estatales y municipales como sujeto pasivo que les obliga a velar por los referidos intereses y protecciones, sin que ello signifique que el mencionado derecho deba ser garantizado en forma ilimitada, tal como lo señala Ernesto Villanueva:

El derecho a la información tiene como límites el decoro, el respeto, la circunspección, la honestidad, el recato, la honra y la estimación, pues el artículo 6o. otorga a toda persona el derecho a manifestar sus ideas y prohíbe a los gobernantes que sometan dicha manifestación a inquisición judicial o administrativa...²¹

²¹ Villanueva, Ernesto, “Derecho a la Información” (coord.), *Diccionario de derecho a la información*, t. I, 3a. ed., México, Jus-UNAM-ITAIP-Bosque de Letras, 2010, pp. 399 y ss.

A fin de dilucidar su naturaleza jurídica, la Suprema Corte de Justicia, emitió la jurisprudencia P./J. 94/2008, consultable en la página 743, del tomo XVII, de junio 2008, en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, de rubro y texto: ACCESO A LA INFORMACIÓN. SU NATURALEZA COMO GARANTÍAS INDIVIDUAL Y SOCIAL, mediante la cual interpretó originalmente el derecho a la información como garantía de los partidos políticos, ampliando posteriormente ese concepto a garantía individual limitada como es lógico, por los intereses nacionales y los de la sociedad, así como por el respeto a los derechos de tercero. Ha declarado el alto tribunal que el acceso a la información se distingue por su doble carácter: como un derecho en sí mismo y como un medio o instrumento para el ejercicio de otros derechos.²²

Con vista en lo anterior, estamos en presencia de un mecanismo democrático de control institucional en favor del ciudadano que sirve para legitimar el ejercicio del poder fundado en una de las características principales de un gobierno republicano: la publicidad de los actos de gobierno y la transparencia de la administración.

Otro de los grandes apartados es la transparencia del ejercicio de la función pública, la cual se hace preferente pero no limitativamente por Internet presentando al efecto un portal electrónico con información catalogada como fundamental donde se publican los sueldos, organigramas, auditorías, licitaciones, contratos, etcétera. Esta información debe ser oportuna, verificable, inteligible, relevante e integral.²³

Los sujetos obligados a transparentar información en los portales de Internet son los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial; los Ayuntamientos o Consejos Municipales; la Administración Pública estatal y municipal, incluyendo a los organismos desconcentrados y descentralizados, las empresas de participación estatal y municipal, los fondos y fideicomisos públicos estatales o municipales; los organismos autónomos del Estado, incluyendo a las universidades públicas; los partidos y agrupaciones políticas a través del Instituto Estatal Electoral y las personas físicas o jurídicas.

²² Ha declarado el alto tribunal que el acceso a la información se distingue por su doble carácter: como un derecho en sí mismo y como un medio o instrumento para el ejercicio de otros derechos. En este sentido, la jurisprudencia P./J. 54/2008 del Pleno de la Corte, consultable en la página 743, del t. XXVII, de junio de 2008, en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época.

²³ Para un sistema democrático representativo y participativo, la publicidad de la información permite que el ciudadano pueda controlar a la gestión pública, no sólo por medio de constatar la labor de los funcionarios y el cumplimiento de la ley, que los gobernantes han jurado cumplir, sino también ejerciendo el derecho de pedir información y obtener una transparente rendición de cuentas.

co-colectivas cuando, en el ejercicio de sus actividades, actúen en auxilio o colaboración de los entes públicos o ejerzan gasto público, reciban subsidio o subvención. En este último caso, la información será proporcionada por el sujeto obligado que realizó la transferencia de recursos.

Del mismo modo, el artículo 7o., fracción XII, se refiere a los datos personales. Se trata de una protección que deviene de un derecho fundamental reconocido en México en el artículo 16 constitucional e internacionalmente en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que estatuye: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio, su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

De esta manera, todos los ciudadanos tienen derecho a que se proteja su intimidad, y a decidir sobre el uso de sus datos personales por un tercero, siendo este un derecho autónomo no sujeto a condiciones contractuales limitativas, de manera que el titular tiene la facultad de decidir revocar la autorización para tratar los datos personales, conforme a la ley. Por ello se sustenta en: *a)* el previo consentimiento para obtener y usar los datos personales; *b)* el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos, y *c)* el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos.

Por último, un aspecto sobresaliente fue la creación de un Instituto de Transparencia y Acceso a la Información Pública, con el carácter de organismo constitucional autónomo con un funcionamiento especializado e imparcial, siendo sus resoluciones definitivas para los sujetos obligados.

IV. ANÁLISIS DEL BLOQUE DE DERECHOS SOCIALES

La línea argumental del artículo 7o. constitucional establece, en la fracción XIII, un bloque de derechos sociales cuya reciente incorporación ubica a la carta política de Nayarit en posición vanguardista. Enseguida se examinan los más importantes.

1. *El derecho a la vida*

La tutela jurídica de la vida humana en tanto derecho subjetivo fundamental y valor supremo, se adiciona como derecho social a la Constitu-

ción de Nayarit, en su artículo 7o., fracción XIII, párrafo 1. Esa tutela se fundamenta en la adquisición de nuevos conocimientos médicos que comprueban que la vida humana comienza desde el momento mismo en que se produce la concepción. Dicha fracción, en su parte conducente, señala: “Se reconoce, protege y garantiza el derecho a la vida de todo ser humano desde el momento de la fecundación natural o artificial y se le reputa como nacido para todos los efectos legales correspondientes, hasta su muerte natural”.

Sin embargo, el derecho a la vida no descansa solamente en un estándar de eficiencia moral, social, económica o religiosa como lo sostienen algunas corrientes, sino que se funda como un derecho que hace posible la tutela de todos los demás derechos inherentes a la persona humana. Por tal motivo, desde una perspectiva integral, exige la adopción de políticas públicas enfocadas a tutelar la vida en todas sus dimensiones social, económica, cultural y política, desde que el ser humano es concebido hasta la vejez. Entonces, es un derecho conexo con cualquier derecho social y humano reconocido.

Consecuentemente también puede ser entendido en sentido amplio, atendiendo el conjunto de circunstancias mínimas inherentes al individuo que le permitan vivir con dignidad acorde con la naturaleza del ser humano, para lo cual deben tomarse en cuenta aspectos como la satisfacción de las necesidades básicas, la salud, la edad, las situación de discapacidad o de debilidad manifiesta en que se encuentre el individuo, o cualquiera otra que desde una concepción social del Estado, implique de éste una especial atención. El derecho a la vida no hace referencia únicamente a la vida biológica, sino también a las condiciones de vida correspondientes a la dignidad del ser humano, es decir, se ha ligado el concepto de vida digna con el núcleo básico del mínimo vital de subsistencia.

A ese respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene que del análisis integral de los artículos 1o., 14 y 22 de la Constitución federal, se desprende que protege el derecho a la vida de todos los individuos, pues lo contempla como un derecho fundamental, sin el cual no cabe la existencia ni disfrute de los demás derechos.²⁴

Igualmente ha sostenido también nuestro alto tribunal que la protección del derecho a la vida producto de la concepción, deriva de la Cons-

²⁴ En ese sentido se pronunció el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Jurisprudencia: P/J. 13/2002, DERECHO A LA VIDA. SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. Época, t. XV, febrero de 2002, p. 589.

titución federal, de los tratados internacionales y de las leyes federales y locales.²⁵

Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos (Interamericano, Europeo) reconocen el derecho a la vida como un bien jurídico que contiene uno de los valores supremos del cual está investido el ser humano, que no solo significa el hecho de vivir (crecer, reproducirse y morir), sino que significa también el hecho de satisfacer necesidades mínimas para el desarrollo digno de un individuo en la sociedad (alimentación, acceso a energía y al agua, trabajo, salud, vivienda).

La reforma en materia de derechos humanos de 2011, incluyó expresamente dentro del catálogo de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución federal, a todos aquellos que se encuentran regulados en los tratados y convenios internacionales de los cuales nuestro país forma parte. Entre esos derechos, el derecho a la vida se encuentra reconocido en la legislación internacional, constituyendo normas vinculantes y vigentes que se incorporan dentro de la jerarquía normativa que nos rige.

2. El derecho a la atención médica gratuita durante el embarazo y parto

El párrafo 2 de la fracción XIII de la Constitución nayarita concede a toda mujer y su producto el derecho a la atención médica gratuita durante el periodo de embarazo y el parto. Este derecho forma parte del derecho a la salud específico a favor de las mujeres embarazadas y su naturaleza es de los denominados derechos sociales y económicos, junto con los relativos a la alimentación, empleo, educación y vivienda, todos ellos básicos para una vida digna.

Su incorporación al texto constitucional inaugura una etapa floreciente de protección a favor de amplias capas sociales de mujeres que ahora tendrán acceso a los servicios médicos en periodos de embarazo y parto, cuyos servicios pueden comprender, en lo general, la atención médica de diagnóstico, consultas, quirúrgica, hospitalaria, farmacéutica y de rehabilitación que en su caso sea necesario. En la especie, atendiendo a los usuarios a quienes va dirigido, no alcanza a cubrir a todos los habitantes del estado, sino exclusivamente a las mujeres durante el periodo de su

²⁵ Al respecto, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Jurisprudencia: P./J. 14/2002, DERECHO A LA VIDA DEL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN. SU PROTECCIÓN DERIVA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y DE LAS LEYES FEDERALES Y LOCALES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. Época, p. 588, t. XV, febrero de 2002.

embarazo y el parto (alumbramiento y puerperio), a quienes se otorgarán una serie de prestaciones que van desde la asistencia obstétrica y ayuda en especie para lactancia. Se trata de una garantía de naturaleza programático-social de aplicación directa para exigir su cumplimiento en el ámbito del sector salud estatal. Aunque también, de manera directa, la misma garantía contenida en la fracción XIII.2 protege en forma primaria, la vida del embrión y como consecuencia de ello, la vida de la madre de cualquier enfermedad o trastorno, en relación con la garantía en el derecho a la vida.

En ese sentido, independientemente de que tanto la ley civil como la penal, incluyendo las inconformidades por el servicio médico ante la Comisión de Defensa de los Derechos Humanos y la Comisión de Arbitraje Médico, establecen vías para exigir el cumplimiento al acceso de este derecho en favor de la mujer, cualquier violación al mismo podrá también ser reclamado ante la Sala Constitucional del Poder Judicial mediante el juicio de protección de derechos fundamentales.

Sin embargo, para una mejor eficacia en el disfrute de ese derecho, la ley reglamentaria tendrá que regular los procedimientos, registros, padrones y controles para que las mujeres beneficiarias gocen del derecho a los servicios de salud durante el embarazo y parto, evitando cualquier tipo de discriminación. Aparte de ello, el gobierno tiene el deber de garantizar los servicios de salud a la mujer, con cargo a los presupuestos correspondientes y conforme a las políticas y programas de desarrollo social.

3. Los derechos de las niñas, niños y adolescentes

La fracción XIII, párrafo 3, de la Constitución confiere también el derecho de los niños, las niñas y los adolescentes a vivir y crecer en forma saludable y normal en un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, afectivo, moral y social, en el seno de la familia, la escuela, la sociedad y las instituciones, así como a ser protegidos contra cualquier forma de maltrato, perjuicio, daño, agresión, abuso, o explotación, en condiciones de libertad, integridad y dignidad; por lo que las leyes que se promulguen para tal efecto, deben atender al interés superior del menor.

Se trata de un derecho social protector a favor de otro sector específico de la población del estado: los niños, las niñas y los adolescentes. De acuerdo con la Ley de Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y los Adolescentes del Estado de Nayarit, del artículo 3o. se deriva que son

niñas y niños las personas menores de 12 años de edad, y adolescentes los que tienen más de 12 años y menos de 18 años de edad.

A este sector, diferenciado por sexo, género y edad, se le pretende garantizar un nivel de vida adecuado con el fin de que cuenten con un mejor desarrollo integral. La protección se extiende también contra cualquier forma de violencia física o moral y se reserva a las leyes respectivas proteger los intereses superiores del menor.

En realidad el sujeto obligado no resulta ser exclusivamente el estado, sino también el seno familiar y la sociedad en general, sectores que se involucran activamente en los procesos formativos y educativos del menor. Una obligación adicional se impone a los legisladores en tanto las leyes que promulguen atiendan al interés superior del menor. ¿Qué debe entender por ese interés superior? Por interés superior del menor se entiende el catálogo de valores, principios, interpretaciones, acciones y procesos dirigidos a forjar un desarrollo humano integral y una vida digna, así como a generar las condiciones materiales que permitan a los menores vivir plenamente y alcanzar el máximo bienestar personal, familiar y social posible, cuya protección debe promover y garantizar el Estado en el ejercicio de sus funciones legislativa, ejecutiva y judicial, por tratarse de un asunto de orden público e interés social.²⁶

4. *El derecho a la educación*

La fracción XIII, párrafo 4, de la Constitución, consagra que todo individuo tiene derecho a recibir educación obligando al estado y municipios a impartir la educación básica y a los padres de familia o tutores a enviar a sus hijos para que la reciban. Indica también que la educación que se imparta será integral, gratuita, laica, científica, democrática y fortalecerá la identidad nacional y local, impulsará la formación de valores y promoverá el desarrollo humano. Asimismo, corresponde al estado fortalecer y promover la educación inicial, media superior y superior.

En concordancia con los fines de integración social, los planes y programas oficiales promoverán la incorporación de contenidos regionales para difundir la cultura nacional y local, así como la educación bilingüe e

²⁶ En ese sentido, el Quinto tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, en la Tesis de Jurisprudencia I.5o.C. J/16, INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, p. 218, t. XXXIII, marzo de 2011.

intercultural de los grupos étnicos de la entidad, permitiendo el combate al rezago educativo.

Una parte destacada del programa social que la Constitución consagra, es que los alumnos de todos los niveles de educación impartida por el estado y municipios, tendrán derecho a un sistema de becas en los términos que disponga la ley. Es decir, desde la norma constitucional tiene lugar un sistema que beneficia por igual a estudiantes mediante el otorgamiento de una beca con cargo al presupuesto público.

Concomitantemente, en la misma fracción XIII, inciso *f*, el estado reconoce la ciencia y la tecnología, como bases fundamentales del desarrollo estatal, con lo cual se vincula jurídicamente un deber de las autoridades para que las políticas públicas se sustenten en los resultados de la evolución científica y tecnológica.

Cuando se habla de ciencia y tecnología no se trata solo de la generación de conocimientos y de su posterior transformación en tecnologías originales, sino también y quizás en primer lugar, de la asimilación cabal de la tecnología de resultados científicos, modificándolas y adaptándolas a las necesidades y a los requerimientos de los consumidores; requiere además de una capacidad gerencial en los diferentes sectores, incluyendo el de la comercialización. Por ejemplo, la economía demanda sustitución de importaciones y promoción de exportaciones; el uso de subproductos; el aprovechamiento de residuos; el ahorro y uso eficiente de los recursos energéticos, y la protección del medio ambiente.

Haber incorporado a la Constitución dentro del bloque de derechos programáticos el derecho a la ciencia y la tecnología, busca crear líneas estratégicas del desarrollo del estado. A partir de ello, las acciones deben dirigirse a fomentar la generación de conocimientos científicos y tecnológicos, satisfacer las necesidades de la población y aumentar la productividad, con el objeto de contribuir a la solución de los problemas básicos de la población, siendo en consecuencia un factor indispensable en el establecimiento de políticas públicas y de inclusión en los planes regionales y locales del desarrollo sustentable.

Resultará indispensable que ese sistema se integre en las universidades e institutos politécnicos, entidades públicas y privadas que realicen investigación científica y tecnológica, y a los usuarios de los servicios científicos, tecnológicos y de innovación.

De igual forma, la Constitución en la fracción citada, reconoce el derecho de los habitantes a participar libremente en la vida cultural y artística, como un signo vital de una sociedad plural y democrática.

5. *Los derechos de adultos mayores*

Se concede a los adultos mayores el derecho a una vida con calidad; a la protección de su patrimonio, salud, alimentación, a la asistencia y seguridad social y a la igualdad de oportunidades, la ley protegerá esos derechos, sin restricción alguna. Las autoridades garantizarán el derecho de acceso gratuito a los servicios de salud.

A nuestro juicio este bloque consagra un derecho social de naturaleza integral para los adultos mayores que representan un importante porcentaje de la población desprotegida de los servicios jurídicos, de salud, alimentación, asistencia y seguridad social, así como a la igualdad de oportunidades, sobre todo de empleo y capacitación. La prescripción constitucional es categórica, como no lo es en otros casos ya que la protección legal de los derechos es sin restricción alguna. Sin embargo, el único servicio a favor de los adultos mayores que será gratuito por así disponerlo la Constitución, es el de salud.

6. *El derecho a la alimentación y las estrategias de desarrollo*

Dentro del bloque de derechos sociales se establece que el Estado garantizará la producción de alimentos, constituyéndose como áreas estratégicas del desarrollo, la agricultura y el turismo. La primera parte tiene un significado eminentemente social porque constituye un derecho que debe traducirse no solo en la organización de la administración pública con instrumentos de respuesta a las prioridades alimentarias de la población, sino también en la implementación de mecanismos de planeación, fomento, financiamiento y apoyos técnicos, así como en los programas de comercialización, distribución y abasto de los productos alimentarios. Por otra parte, el que sean ahora reconocidas como áreas estratégicas, la agricultura y el turismo, sobre todo este último, significa una oportunidad para atraer inversiones, generar empleos y actividad económica en general. Sin embargo, la declaración de “áreas estratégicas” se relaciona a la vez que con un derecho social, con el sistema de planeación y rectoría del desarrollo del estado, previsto en el artículo 134 de la Constitución nayarita.

7. *El derecho a seguro de vida*

La Constitución confiere un derecho a favor de los productores del campo, ganaderos y pescadores quienes gozarán de un seguro de vida en los

términos que disponga la ley.²⁷ La protección a grupos especiales, como los señalados, habla de la responsabilidad social del estado traduciendo acciones en políticas públicas que tienen que ver con un elemental compromiso de justicia. Por ello, la protección con un seguro de vida en favor de ese segmento tan representativo en nuestra población, se refleja en un apoyo al patrimonio de las familias que sufren la pérdida irreparable de un ser querido que, para esos efectos, tiene el carácter de productor agrícola, ganadero o pescador. Este derecho ha desplegado una serie de reglas operativas para asegurar a los productores y llevar el control para cubrir los seguros, algunas de las cuales han resultado muy cuestionables, por lo que las reglas de operación deberán fijarse más eficazmente en la ley de la materia.

8. El derecho al medio ambiente sano y ecología

En esta parte los constituyentes incluyeron algunas normas programáticas con la finalidad de satisfacer el derecho al agua y un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado,²⁸ los cuales tienen una naturaleza muy especial ya que no pueden ser exigidos de modo directo por los particulares, sino que se trata de normas que sirven de base para que los poderes constituidos armonicen las políticas públicas y desplieguen sus facultades en aras de atender las demandas sociales que consagran tales derechos.

El derecho al agua es un derecho fundamental para las personas en conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la alimentación y el derecho a la salud, en cuanto al consumo humano como una necesidad básica. Su contenido normativo abarca principalmente el derecho de cada persona de acceder a un sistema de agua y a la protección contra la interferencia por desconexión de suministros de agua, de manera que es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible. Recientemente la Asamblea General de Naciones Unidas, en su sexagésimo cuarto periodo de sesiones, aprobó una resolución que reconoce

²⁷ Reforma constitucional publicada el 16 de diciembre de 2010, en la que se incluyó particularmente en el artículo 7o. fracción XIII, numeral 7, “Los productores del campo, ganaderos y pescadores gozarán de un seguro de vida en los términos que disponga la Ley”.

²⁸ Reforma constitucional publicada en el Periódico Oficial, Órgano del Gobierno del Estado, el día 16 de diciembre de 2010, incluyendo en el artículo 7, fracción XIII, el numeral 8, al tenor siguiente: “8.- Todo individuo tiene derecho al agua así como a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado. La ley protegerá y determinará la forma y condiciones de ejercer estos derechos”.

al agua potable y al saneamiento básico como derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos.²⁹

La protección al medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado a que el párrafo constitucional se refiere, orienta la legislación y las políticas gubernamentales, ya que ello es indispensable para el desarrollo integral del ser humano, lo que contribuye a la democracia y la estabilidad política.

De manera que el derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo y bienestar de las personas, se desarrolla en dos aspectos: *a*) en un poder de exigencia y un deber de respeto *erga omnes* a preservar la sustentabilidad del entorno ambiental, que implica la no afectación ni lesión a éste (eficacia horizontal de los derechos fundamentales), y *b*) en la obligación correlativa de las autoridades de vigilancia, conservación y garantía de que sean atendidas las regulaciones pertinentes (eficacia vertical).³⁰

En ese sentido, el derecho a un medio ambiente sano, implica la obligación del Estado de implementar las medidas necesarias para garantizar este derecho, así como que en el ejercicio de sus funciones deba atender a la menor afectación al entorno natural, así como propiciar espacios que contribuyan a la creación de un medio ambiente saludable, cuyo significado no se constriñe a la estabilidad ecológica y natural del estado, sino que conlleva la efectiva garantía de otros derechos como lo es el de seguridad pública, que contribuyen a construir un medio ambiente sano de forma integral.

9. *El derecho a la medicina genómica*

Conforme señala la exposición de motivos de la iniciativa, se toma como referencia que la ciencia y la tecnología son las bases del desarrollo estatal

²⁹ Del voto minoritario realizado por los ministros David Genaro Góngora Pimentel y Olga Sánchez Cordero de García Villegas, originado por motivo de la Controversia Constitucional 57/2004, se estableció que el derecho al agua y al medio ambiente, comprende el derecho de acceder y utilizar de manera suficiente y con condiciones sanitarias adecuadas la cantidad de agua que necesitamos para llevar una vida digna. Lo anterior sólo se logra mediante acciones concretas que radican en la esfera de competencia de lo más próximo, en el nivel local. Por su parte, el derecho a un medio ambiente adecuado implica el derecho a la conservación y disfrute de un medio ambiente sano y a la promoción y preservación de la calidad de vida, así como a la protección de los bienes, riquezas y recursos ecológicos y naturales.

³⁰ Al respecto, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, en la Tesis I.4o.A.569A, DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE ADECUADO PARA

que sirve de sustento para establecer la investigación en medicina genómica como un derecho social y económico, atendiendo los principios de dignidad humana, autonomía de la voluntad, respeto por la integridad física y psíquica, intimidad, no discriminación y de identidad genética, haciendo prohibitiva cualquier práctica que atente contra esos principios o contra los derechos humanos. Crea, también, un vínculo con el derecho a la protección de la salud.

Con esta prerrogativa se garantiza el derecho a conocer el vínculo biológico que une a una persona con sus progenitores, en palabras llanas implica el derecho a saber quién es la madre o el padre, los abuelos, hermanos; para ello el Estado debe dotar de los instrumentos científicos y tecnológicos que permitan realizar las pruebas genéticas para tal efecto y desarrollar toda una legislación que establezca las formas y procedimiento para asegurar el cumplimiento de dicho derecho.³¹

V. ENUNCIADOS DE DERECHOS SOBRE CONVENCIONALIDAD

El artículo 7o., fracción XIV, establece que todo individuo gozará de los derechos consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano. Así, mientras que en las primeras trece fracciones se formulan enunciados específicos de derechos fundamentales, la última fracción adopta un sistema mixto al reconocer todos los derechos: nacionales e internacionales que dimanen de compromisos firmados por nuestro país.

Consecuentemente, todos esos derechos fundamentales, tanto los nacionales como los expandidos en virtud de los tratados internacionales, forman parte de nuestro orden jurídico local, lo cual, lejos de ser un discurso del constitucionalismo estatal, se convierte en una posición vanguardista que encuentra sustento en la positivización de los derechos humanos con las correspondientes garantías y tutela jurisdiccional para que los gobernados exijan su aplicación y cumplimiento en sede judicial.

EL DESARROLLO Y BIENESTAR. ASPECTOS EN QUE SE DESARROLLA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXV, marzo de 2007, p. 1665.

³¹ Enríquez Soto, Pedro Antonio, “Los derechos sociales en Nayarit”, en Madero Estrada, José Miguel y Enríquez Soto, Pedro Antonio (coords.), *Soy Constitucional. Derechos fundamentales de los nayaritas*, Tepic, Poder Judicial del Estado de Nayarit, 2013, pp. 25 y 26.

VI. LA CREACIÓN DE SALA CONSTITUCIONAL ELECTORAL Y LOS MEDIOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL

Tras la consagración del principio de supremacía constitucional en las Constituciones estatales, se incorporaron instrumentos dirigidos a su propia defensa. La expansión de la justicia constitucional local tiene su origen en la experiencia veracruzana del año 2000, despertando una gran expectativa, luego de que diversos estados en un breve periodo,³² adoptan garantías jurisdiccionales, aunque con instrumentos y órganos de control distintos.³³

En ese concierto de reformas, el estado de Nayarit expidió un diseño constitucional vanguardista, añadiendo nuevos elementos a los mecanismos de control. Así, el 15 de diciembre de 2009,³⁴ fue publicada la reforma a la Constitución Política en la que *se* incluyó un sistema integral de defensa de la Constitución, con un catálogo de mecanismos de competencia exclusiva de una Sala Constitucional-Electoral que forma parte de la estructura orgánica del Poder Judicial del Estado.³⁵ Los medios de control están previstos en el artículo 91 de la Constitución, siendo estos: las controversias constitucionales, la acción de inconstitucionalidad, la

³² A partir del año 2000 en el que Veracruz adoptó el primer sistema de control constitucional, solo en los siguientes cuatro años, otros siete estados haría lo propio. Veracruz mediante publicación el 3 de febrero de 2000, Coahuila mediante publicación el 20 de marzo de 2001, Guanajuato mediante publicación el 20 de marzo de 2001, Tlaxcala mediante publicación el 18 de mayo de 2001, Chiapas mediante publicación el 6 de noviembre de 2002, Quintana Roo mediante publicación el 24 de octubre de 2003, Nuevo León mediante publicación el 9 de junio de 2004 y el Estado de México mediante publicación en julio de 2004.

³³ Han incursionado en esa tendencia, además de Veracruz, las entidades federativas de Campeche, Chiapas, Chihuahua, Coahuila, Colima, Durango, Estado de México, Guerrero, Guanajuato, Hidalgo, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Querétaro, Quintana Roo, Sinaloa, Tabasco, Tlaxcala y Zacatecas. *Cfr.* Rangel Hernández, Laura M., “Un proceso Constitucional Local que se afianza: La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa”, en varios autores, *La Justicia en los Estados. Pasado, Presente y Futuro*, Guanajuato, Gto, Poder Judicial del Estado de Guanajuato, 2010, p. 233.

³⁴ Véase la publicación del *Periódico Oficial Órgano del Gobierno del Estado*, 15 de diciembre de 2009, Sección Primera, t. CLXXXV, núm. 104, relativa a la Reforma Constitucional en materia judicial, en la que se instituyó en el Estado de Nayarit la Justicia Constitucional Local, con los medios de control constitucional tendientes a salvaguardar específicamente la supremacía de la norma constitucional local.

³⁵ Este órgano de control denominado Sala Constitucional-Electoral en términos del artículo 91 de la Constitución del estado, se integra por cinco magistrados designados por el Pleno del Tribunal, en el que el presidente del Tribunal es a su vez presidente de la referida Sala.

acción de inconstitucionalidad por omisión, la cuestión de inconstitucionalidad, el juicio para la protección de derechos fundamentales, sin omitir la facultad de inaplicar leyes en materia electoral contrarias a la Constitución.

En relación con lo anterior, el legislador local expide en junio de 2010 la Ley de Control Constitucional del Estado de Nayarit, con el objeto de regular las bases para que los medios de control constitucional fueran instrumentados.³⁶

Posteriormente, se agregó en el artículo 53, párrafo quinto, de la Constitución local, el control previo de constitucionalidad al señalarse que antes de la discusión y aprobación de una ley en el Congreso, la comisión legislativa encargada de realizar la dictaminación, podrá consultar a la Sala Constitucional-Electoral sobre la constitucionalidad de una iniciativa de ley o decreto.³⁷

De manera que, al instituirse una Sala Constitucional-Electoral, como guardián del orden jurídico fundamental, se parte de la convicción de que todos los preceptos constitucionales son vinculantes y tienen fuerza normativa, de ahí que la elaboración de una ley que regule un precepto constitucional, deba darse atendiendo a parámetros de constitucionalidad, salvo que equívocamente se tuviese a la Constitución como un documento flexible, sin valor alguno o como mero programa, y no como una auténtica norma jurídica, por lo que es claro que donde existe un control de constitucionalidad auténtico, éste habrá de extenderse al análisis de todo tipo de violaciones a ley fundamental.

Este modelo democrático que responde a las circunstancias propias de Nayarit, tiene su encuadre en la forma federal que adopta el Estado mexicano en términos del artículo 41 de la Constitución federal, ya que el pueblo ejerce su soberanía por medio de los estados en lo que toca a sus regímenes interiores conforme a lo previsto en las Constitución federal y las particulares de los estados, de ahí que para lograr la eficacia de las Constituciones locales, es importante establecer mecanismos que permitan tutelar de manera definitiva lo dispuesto en sus normas fundamentales, particularmente la garantía de los derechos, lo que inexorablemente redundará en el fortalecimiento democrático del régimen interno y, por tanto, del federalismo judicial.

³⁶ La Ley de Control Constitucional del Estado de Nayarit, fue publicada el 2 de junio de 2010 en el *Periódico Oficial*, Órgano del Gobierno del Estado de Nayarit, Sección Quinta, t. CLXXXVI, núm. 095.

³⁷ La reforma fue publicada en el *Periódico Oficial*, Órgano del Gobierno del Estado, el 16 de diciembre de 2010, Sección Segunda, t. CLXXXVII, núm. 105.

VII. FUENTES DE INFORMACIÓN

- ARTEAGA NAVA, Elisur, “Derecho constitucional”, *Diccionario Jurídico*, v. 2, México, Oxford, 1995.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, México, UNAM, 2003.
- CARBONELL, Miguel, “Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México”, *Teoría de la Constitución, ensayos escogidos*, México, Porrúa-UNAM, 2002.
- CARPIZO, Jorge, *Estudios Constitucionales*, México, Porrúa-UNAM, 2003.
- , *La reforma constitucional en México: procedimiento y realidad*, México, UNAM, 2010.
- CASTRO, Juventino, *Los desconocidos poderes políticos de la Constitución*, México, Porrúa, 2005.
- CIENFUEGOS SALGADO, David, *Lecciones de Derecho Constitucional Guerrerense*, coordinador José Gilberto Garza Grimaldo, Universidad Autónoma de Guerrero, 2005.
- DE LA CUEVA, Mario, *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa 2008.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Leyes orgánicas”, en *Hacia una nueva constitucionalidad*, México, UNAM, 2000.
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, “Renovación constitucional”, en *Hacia una nueva constitucionalidad*, México, UNAM, 2000.
- GROPPI, Tania, *La reforma constitucional en los estados federales*, prólogo de Gustavo Zagrebelsky, FUNDA, INAFED y Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2003.
- GUASTINI, Ricardo, “La Constitución como límite a la legislación”, en *Teoría de la Constitución, ensayos escogidos*, México, Porrúa-UNAM, 2002.
- MADERO ESTRADA, José Miguel y ENRÍQUEZ SOTO, Pedro Antonio (coords.), *Soy Constitucional. Derechos fundamentales de los nayaritas*, Tepic, Poder Judicial del Estado de Nayarit, 2013.
- MADRAZO, Jorge, *Comentarios al artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, t. V, 16a. ed., Porrúa-UNAM, 2002.
- QUIROZ ACOSTA, Enrique, *Teoría de la Constitución*, Porrúa 2005.
- RANGEL HERNÁNDEZ, Laura M., “Un proceso constitucional local que se afianza: La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa”, en varios autores, *La justicia en los estados. Pasado, presente y futuro*, Guanajuato, Poder Judicial del Estado de Guanajuato, 2010.
- REVUELTA VAQUERO, Benjamín y PATRÓN SÁNCHEZ, Fernando (coords.), *Democracia Participativa, visiones, avances y provocaciones*, Universidad de

Guanajuato-Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo-Instituto Federal Electoral, 2010.

SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, México, Editora Nacional, 1970.

SILVA MEZA, Juan N. y SILVA GARCÍA, Fernando, *Derechos fundamentales, Bases para la reconstrucción de la jurisprudencia constitucional*, México, Porrúa, 2009.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 39a. ed., México, Porrúa, 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo, “La Constitución y sus normas”, *Teoría de la Constitución, ensayos escogidos*, Porrúa-UNAM, 2002.

LA CONSTITUCIÓN MEXICANA: OBEDÉZCASE PERO NO SE CUMPLA

Jorge MADRAZO
Francisco MÉNDEZ CELAYA

SUMARIO: I. *Nota inicial*. II. *Acerca del título de este trabajo*. III. *La reforma constitucional en el pensamiento de Jorge Carpizo*. IV. *Otra actualización de los datos*. V. *¿Necesitamos una nueva Constitución?* VI. *Una opinión personal*.

I. NOTA INICIAL

Este trabajo fue escrito por Jorge Madrazo y Francisco Méndez Celaya con el propósito de honrar la memoria del ilustre jurista mexicano Jorge Carpizo.

A Jorge Madrazo le correspondió preparar la versión original y Francisco Méndez estuvo a cargo de la bibliografía, la recolección de materiales, la revisión de las notas y de formular comentarios y observaciones a los distintos capítulos de esta colaboración.

Los autores agradecen profundamente al doctor Héctor Fix-Fierro, director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, la oportunidad que les brindó de sumarse a este merecidísimo homenaje editorial a nuestro querido y recordado maestro.

Jorge Madrazo ha tenido la oportunidad de escribir sobre la obra y el pensamiento de Jorge Carpizo en diversas ocasiones.

Escribió sobre él en su calidad de director del Instituto de Investigaciones Jurídicas,¹ de presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos² y como ministro de la Suprema Corte de Justicia.³ También

¹ Madrazo, Jorge, “Seis años de narrar la vida de nuestro instituto”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, número conmemorativo, sexagésimo aniversario*, 2008, pp. 609-612.

² Madrazo, Jorge, “La CNDH: una mirada retrospectiva”, *Comisión Nacional de los Derechos Humanos. 20 aniversario*, México, 2010, pp. 35-46.

³ Madrazo, Jorge, “Una epístola para Jorge Carpizo”, en Fix-Zamudio, Héctor

escribió recientemente sobre los trabajos de Jorge Carpizo relacionados con la moral pública y los problemas nacionales.⁴

En esta ocasión escribimos sobre la reforma y el cambio constitucional en la obra de Jorge Carpizo en el contexto del debate acerca de la necesidad de una nueva constitución para México. Éste es el objetivo de esta colaboración.

No es esta la primera vez que Madrazo escribe sobre la reforma constitucional. La mayoría de sus trabajos sobre este tema se recogieron en su libro *Reflexiones constitucionales*.⁵

Lo que entonces escribió, sigue siendo válido ahora, en su concepto.

II. ACERCA DEL TÍTULO DE ESTE TRABAJO

El título que hemos escogido para esta colaboración, “La Constitución mexicana: obedéscase pero no se cumpla” ciertamente puede sonar a una provocación que busca atraer la atención de los lectores, pero de ninguna manera quiere ser irrespetuosa con la ley fundamental de Estado mexicano.

Por otra parte, ser verdaderamente irrespetuoso con la Constitución sería violar sus mandatos, pretender que la cumplimos, o simular que la ejecutamos. En todo caso, el presente ejercicio académico está hecho con la mejor buena fe y expresa el deseo de que México sea cada vez mejor, en todos los sentidos.

La expresión “Obedéscase pero no se cumpla” es un fórmula del derecho castellano que tuvo gran influencia en el desarrollo del derecho colonial con efectos indudables en el mundo novohispano, a tal grado que no ha faltado quien considere que puede ser un antecedente remoto de nuestro juicio de amparo.⁶

y Astudillo, César (coords.), *Estatuto jurídico del juez constitucional en América Latina y Europa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, pp. 149-154.

⁴ Madrazo, Jorge, “Jorge Carpizo: México y la moral pública”, *Revista de la Facultad de Derecho*, t. LXIII, núm. 259, enero-junio de 2013; pp. 35-54.

⁵ Madrazo Jorge, *Reflexiones constitucionales*, México, UNAM-Porrúa, 1994. “Comentario al artículo 135 constitucional”, *La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, 6a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, p. 649.

⁶ Arroyo Moreno, Jesús Ángel, “El origen del juicio de amparo”, en Moreno-Bonet, Margarita y González, María del Refugio (coords.), *La génesis de los derechos humanos en México*, México, UNAM, 2006, pp. 43-61.

Todo parece indicar que esta fórmula se origina en *Las Siete Partidas*, en su artículo 22, y se le concibió como un recurso para impedir temporalmente que una orden real se ejecutara en caso de que existiera obrepción o subrepción. En todo caso se tendría que notificar al rey las causas por las que su mandato no se ejecutaba de inmediato, y como éste insistiera en su orden, no había después forma de impedir su ejecución. Era una especie de “déjense las cosas en el estado que guardan”.

De este modo, la soberanía del monarca no se cuestionaba, lo que por otra parte podría llevar al remiso incluso a la pena capital, y sí permitía que las cosas se mantuvieran en el estado que guardaban, es decir, que se suspendieran, en aras a una posible reconsideración.

La verdad es que a la luz de la realidad medieval en Castilla y después de las “colonias de ultramar más allá de mar oceánico”, esta figura jurídica tuvo mucho sentido.

Pareciera que hay un efecto de reverberación de este formulismo jurídico español en el excelente trabajo de Diego Valadés publicado en 2002 bajo el título de “La no aplicación de las normas y el Estado de derecho”,⁷ en el que con maestría el autor se zambulle en un mar infestado de tiburones para plantear cuando, en el mundo moderno, se puede dejar de aplicar una norma sin quebrantar el Estado de derecho con la intención de conservarlo y fortalecerlo.

No es precisamente a este tipo de falta de ejecución de la ley al que aluden los párrafos que siguen, sino más tristemente a la actitud de desprecio por la ley por parte de detentadores y destinatarios del poder en México, históricamente.

Es que de verdad, tal pareciera que en México nos tomamos muy en serio la fórmula de obedecer pero no cumplir y la llevamos mucho más allá de sus comprensibles límites castellanos.

Utilizamos el título aludido en este trabajo no porque literalmente estemos pensando que la Constitución mexicana contenga dicho formulismo, sino para representar el gran problema de las violaciones sistemáticas a la Constitución y el alejamiento de la norma escrita de la realidad del proceso del poder político, al tiempo que veneramos el texto, como si efectivamente fuera un evangelio que se presume en las festividades nacionales. Esto ha sido cierto en lo general en todo el camino de Apatzingán a Querétaro, de 1814 a 1917, y en los casi 100 años que le han seguido a la última de nuestras Constituciones.

⁷ Valadés, Diego, “La no aplicación de las normas en el estado de derecho”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXV, núm. 103, enero-abril de 2002, pp. 219-291.

Diego Valadés ha definido con claridad meridiana como ahora en esta última etapa de su vigencia, la nuestra es una Constitución contradictoria.⁸

Eso sí: cada 5 de febrero hacemos grandes homenajes a la Constitución; la llenamos de elogios y frases emotivas, pero su cumplimiento es dolorosamente pobre. Es decir, en la teoría juramos obedecerla y defenderla con la vida, pero en la realidad no la cumplimos esencialmente, ni gobernantes ni gobernados.

En su primer libro, *La Constitución mexicana de 1917*, el maestro Carpizo recordaba algunos de los episodios del quincuagésimo aniversario de la Constitución y después de repasar los más célebres discursos y de cómo los textos constitucionales fueron paseados de la ciudad de México a Querétaro, remató con el siguiente párrafo:

“México entero celebró los 50 años de vida de nuestra Constitución y reconoció sus logros, aunque claramente se señaló que entre sus postulados y el devenir hay un abismo que es necesario superar”.⁹

Es a este abismo que no se cerró en los casi 50 años subsiguientes y que sigue existiendo hoy, al que nosotros nos referimos al utilizar la expresión obedézcase pero no se cumpla.

Como quiera, nuestra Constitución galopa a toda velocidad para festejar su centenario y continuar así como una de las más antiguas del mundo, descontando desde luego la Constitución de los Estados Unidos de América.

Muchas veces se olvida que el título original de nuestra ley fundamental es: “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que Reforma la de 5 de Febrero de 1857”, lo que la haría aún más vetusta. Paradójico es que de los pocos artículos intocados de la Constitución vigente varios provengan directamente de la última Constitución de México en el siglo XIX.¹⁰

Al aproximarnos al centenario de la Constitución de Querétaro se actualizan las voces acerca de si México necesita una nueva Constitución. El correspondiente debate ha estado activo en los medios de comunicación y también en las páginas propiamente académicas.

⁸ Valadés Diego, “La Constitución reformadora”, en González Pérez, Luis Raúl y Valadés, Diego (coords.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM, 2013, pp. 21-31.

⁹ Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, 2a.ed., México, UNAM, 1979.

¹⁰ Véanse Valadés, Diego. “La Constitución reformadora”, *cit.*; Tena Ramírez, Felipe, *Las leyes fundamentales de México*, 7a. ed., México, Porrúa, 1976.

Por esta razón los autores de este trabajo hemos considerado pertinente rastrear el pensamiento de Jorge Carpizo sobre la reforma y el cambio constitucional para que éste no deje de estar presente a la hora de tomar decisiones y siga siendo como hasta ahora una guía formidable para todos los mexicanos.

Por tal razón, en el capítulo que sigue nos sumergimos en la obra escrita de Jorge Carpizo, en cuanto a la reforma constitucional, desde su primer libro, *La Constitución Mexicana de 1917*, hasta la entrevista publicada en el diario *Reforma*, del 3 de febrero de 2012, a cargo de Octavio Ortega.¹¹ Esta entrevista se publicó un mes y 27 días antes de que Jorge Carpizo falleciera; se trata del contraste entre las aproximaciones del propio Jorge Carpizo y su entrañable amigo Diego Valadés sobre la necesidad de una nueva Constitución para México. Muy probablemente fue lo último que el profesor Carpizo vio escrito sobre éste que fue uno de sus temas favoritos del derecho constitucional mexicano.

Recordamos con gran cariño la minuciosidad con la que el extraordinario constitucionalista colombiano Luis Carlos SÁCHICA Aponte escribió su libro *La Constitución colombiana cien años haciéndose*,¹² durante su periodo sabático en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Esa era su idea: las Constituciones se van haciendo, no están grabadas en piedra y tienen que evolucionar y cambiar para lograr sus objetivos esenciales.

¿Será que la Constitución mexicana lleva también 100 años haciéndose, o deshaciéndose?

III. LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN EL PENSAMIENTO DE JORGE CARPIZO

Jorge Carpizo trató el tema de la reforma constitucional de tres maneras o espacios editoriales: En sus libros y obras generales como *La Constitución mexicana de 1917*¹³ y el *Presidencialismo mexicano*,¹⁴ en sus ensayos sobre la reforma constitucional propiamente dicha y sobre el poder constituyente¹⁵

¹¹ Ortega, Octavio, “Una nueva constitución?”, *Reforma*, 3 de febrero de 2012.

¹² SÁCHICA Aponte, Luis Carlos, *La Constitución colombiana 100 años haciéndose*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982.

¹³ Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana...*, *cit.*

¹⁴ Carpizo, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, México, Siglo XXI, 1978.

¹⁵ Estos trabajos de Jorge Carpizo son: “Las reformas constitucionales en México”, *Estudios constitucionales*, 2a. ed., México, UNAM, 1983. “México: hacia una nueva Cons-

y, en tercer lugar, en sus comentarios sobre reformas constitucionales específicas.¹⁶ En las líneas que siguen no nos ocupamos de estos últimos porque en mucho desbordan los estrechos límites de la presente colaboración.

Desde su primer libro, *La Constitución mexicana de 1917*, el maestro Carpizo se ocupó de la reforma constitucional, específicamente al tratar el tema de la irreformabilidad de las decisiones fundamentales de la Constitución y dijo que “en principio éstas no pueden ser reformadas por el poder revisor, sino únicamente por el pueblo”. Advirtió asimismo que respecto de esas decisiones fundamentales el órgano revisor sí podía cambiar la forma pero no la idea, es decir, la esencia de tal valor fundamental.¹⁷

Más tarde Jorge Carpizo publicó, en la primera edición de sus *Estudios constitucionales*,¹⁸ que incorpora sus ensayos aparecidos entre 1969 y 1988, su trabajo “Las Reformas Constitucionales en México”. Aquí, en este ensayo de apenas 8 páginas, el autor empieza a esbozar lo que será un pensamiento consistente, acumulativo, progresivo y enérgico sobre el tema. Cuando se publicó el estudio aludido, la Constitución apenas contaba con 150 reformas y no se había vuelto realmente escandalosa la cifra de enmiendas formales al texto constitucional. A pesar de ello, el maestro Carpizo ya se dolía de la flexibilidad que en los hechos mostraba el principio teórico de la rigidez constitucional del artículo 135. Antes de la publicación de este artículo, decía el autor, se carecía de “un estudio serio

titudin?”, *Nuevos estudios constitucionales*, México, UNAM-Porrúa, 2000, reproducido después en *Hacia una nueva constitucionalidad*, México, UNAM, 2000; “Se necesita una nueva Constitución en México? Algunas reflexiones y seis propuestas”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 24, enero-junio de 2001; “La reforma constitucional en México. Procedimiento y realidad”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 131, mayo-agosto de 2011; “Algunas reflexiones sobre el poder constituyente”, *Estudios en homenaje al Doctor Héctor Fix-Žamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, México, UNAM, 1988, t. I.

¹⁶ Estos trabajos de Jorge Carpizo son “Análisis del artículo 102, apartado B de la Constitución”, *Modernización del derecho mexicano. Reformas constitucionales y legales 1992*, México, UNAM-PGJDF, 1993; “La reforma constitucional de 1999 a los organismos protectores de los derechos humanos”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 3, julio-diciembre de 2000; “El Tribunal Constitucional y el control de la reforma constitucional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 125, mayo-agosto de 2009. En sus Nuevos estudios constitucionales se reprodujeron además los siguientes estudios: “Reformas constitucionales al ministerio público y la creación de un Sistema Nacional de Seguridad Pública”. “Reformas constitucionales al Poder Judicial Federal y a la Jurisdicción Constitucional, del 31 de diciembre de 1994”. “Otra reforma constitucional: La subordinación del Consejo de la Judicatura Federal”.

¹⁷ Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana*, cit., nota 9, p. 280.

¹⁸ Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, 2a. ed., México, UNAM, 1983.

y bien documentado sobre las modificaciones constitucionales a partir de 1917”.¹⁹

En el cuerpo de éste, su primer ensayo específico, el maestro Carpizo hace una clasificación de las reformas constitucionales de la siguiente manera: reformas únicamente de carácter gramatical; reformas para regresar al precepto original de 1917; reformas de artículos mal colocados; reformas que aumentan las facultades del presidente de la República; reformas para federalizar diversas materias y otras reformas significativas. Después de analizar cada una de estas categorías, el autor concluye refiriéndose a algunas reformas que habían tenido alcances positivos, algo en lo que insistió a lo largo del desarrollo de todo este tópico constitucional, es decir, en la afirmación de que no todo ha sido negativo en materia de enmiendas a la ley fundamental.

En su ensayo titulado “Algunas reflexiones sobre el Poder Constituyente”, publicado en 1988 en los *Estudios en Homenaje al Doctor Héctor Fix Zamudio*,²⁰ el maestro Carpizo trata el tema de la reforma constitucional de manera tangencial sobre todo al hablar de los límites del poder constituyente. Quienes fuimos sus alumnos en la licenciatura de la Facultad de Derecho recordamos la erudición y pasión con la que nuestro maestro exponía esta ficha de un extenso y hermoso programa del curso. Esas lecciones son la que se reproducen y amplían en este trabajo sobre el poder constituyente. Ésta es la base conceptual que soporta el pensamiento de Carpizo sobre la reforma constitucional con su rotunda afirmación de que en un esquema democrático: “pueblo, soberanía y poder constituyente son una misma cosa”.²¹

En sus *Nuevos Estudios Constitucionales*,²² que incorpora sus ensayos publicados entre 1991 y 2000, Jorge Carpizo profundizó en el tema de la reforma y por primera vez explícitamente escribió sobre si México caminaba hacia una nueva Constitución.

En este nuevo ensayo titulado “México: hacia una nueva Constitución” escrito en 1999,²³ mucho más extenso y acucioso que los anteriores, el autor expone las tres criterios imperantes sobre el cambio constitucional, que agrupó así: Aquellos que consideran que no es necesario y menos indispensable continuar reformando la Constitución; los que consideran que existen razones para crear una nueva Constitución, y la de

¹⁹ Carpizo, Jorge, *Las reformas constitucionales*, cit.

²⁰ Véase nota 15.

²¹ *Ibidem*, p. 148.

²² Véase nota 15.

²³ *Idem*.

aquellos que consideran que la constitución necesita cambios y adecuaciones para perfeccionarla pero, cuando menos por ahora, existen más inconvenientes que ventajas en su sustitución por una nueva.

Como veremos en el siguiente capítulo, el maestro Carpizo se pronunció por una reforma profunda de la ley fundamental pero en contra de su sustitución. El primer cambio que propuso fue, paradójicamente, el del sistema o procedimiento de reforma constitucional del actual artículo 135 para permitir que los cambios constitucionales se puedan hacer mediante una asamblea proyectista y un referéndum popular, tesis que sostuvo Jorge Carpizo con singular entusiasmo.

Este mismo importante ensayo fue reproducido en la obra colectiva del Instituto de Investigaciones Jurídicas “Hacia una nueva constitucionalidad”.²⁴ Muchas de las nuevas reflexiones del autor fueron después retomadas y ampliadas en su trabajo del año siguiente publicado bajo el título “¿Se necesita una nueva Constitución en México? Algunas reflexiones y propuestas”, que se publicó en la *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* “Cuestiones Constitucionales”.²⁵

En el mismo 2011, Jorge Carpizo publicó en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*,²⁶ su trabajo “La reforma constitucional en México. Procedimiento y realidad”, que viene a ser el complemento del inmediatamente anterior. En realidad ambos ensayos forman parte de una unidad contemporánea.

En este último trabajo que se publica un año antes de su muerte, aunque lo concluyó en noviembre de 2010, Jorge Carpizo realiza una exposición muy clara sobre los procedimientos de la reforma constitucional en el constitucionalismo que va desde Apatzingán hasta la Constitución Federal de 1857. Después se detiene en el análisis cuidadoso del procedimiento del artículo 135 y sus efectos, y remata con una de sus tesis centrales, que es la incorporación del referéndum para aprobar cualquier reforma constitucional.

IV. OTRA ACTUALIZACIÓN DE LOS DATOS

Es tal la velocidad y la amplitud al menos gramatical de las reformas constitucionales en México que el muy acucioso y detallado estudio del

²⁴ *Idem*

²⁵ *Idem*

²⁶ *Idem*

maestro Carpizo publicado en 2011, pero entregado para su publicación a finales de 2010, ha quedado desactualizado.

En este magnífico trabajo el autor detalló que al 29 de julio de 2010 se contaba con 191 decretos que reforman la Constitución, a partir de aquel primero del 8 de junio de 1921.

Ahora debemos indicar que a julio de 2013 a ese número de decretos hay que agregar otros 18 que se dieron a partir del 13 de abril de 2011.

De este modo, de acuerdo con el criterio utilizado por Jorge Carpizo, el número total de decretos es ahora de 209, otra vez sin considerar los artículos transitorios.

De estos 18 nuevos decretos 7 se hicieron en 2011, con fechas de publicación 13 de abril, 6 de junio, 10 de junio, 14 de julio, 17 de agosto, 12 de octubre y 13 de octubre.

En el año 2012 se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación* 6 decretos, a saber: 8 de febrero, 9 de febrero, 25 de junio, 15 de julio, 9 de agosto y 30 de noviembre.

Finalmente, en este año de 2013 se han publicado 4 decretos en fechas 26 de febrero, en materia de educación; 5 de junio sobre rectoría del Estado y planeación del desarrollo; 11 de junio en materia de telecomunicaciones, y 19 de julio respecto de la libertad religiosa y los actos de culto en público.

De aquí que en el sexenio del presidente Felipe Calderón los decretos de reforma constitucional que eran 23 pasaron a ser en definitiva 37, siendo por mucho el periodo de gobierno en el que más decretos de reformas se han publicado en la ya casi vida centenaria de la *carta de Querétaro*.

Creemos que este último dato apuntala aún más la tesis de Carpizo en el sentido de que el régimen de partidos políticos y de relaciones interorgánicas no ha sido el factor que hace la diferencia a la hora de considerar la rigidez teórica y la flexibilidad real de nuestra Constitución.

A la magnífica y detallada tabla del maestro Carpizo²⁷ hay que agregar también los hasta ahora 4 decretos publicados durante la actual administración de Enrique Peña Nieto.

Cuando se publicó el excelente trabajo de Jorge Carpizo que venimos comentando, todavía había 34 artículos intocados del texto del 5 de febrero de 1917. Hoy en día la cifra se ha reducido a 26. Los artículos into-

²⁷ *La reforma constitucional en México, cit.*, pp. 570-574.

cados son: 8o., 9o., 12, 13, 23, 28, 39, 50, 57, 62, 64, 68, 80, 81, 86, 91, 118, 120, 121, 124, 125, 126, 128, 129, 132 y 136.²⁸

Jorge Carpizo señaló que la Constitución había “engordado” en aproximadamente un 150% desde su original promulgación y hasta la reforma de julio de 2010.

Hoy en día el poder revisor de la Constitución tiene varias iniciativas sujetas a consideración y francamente no nos atrevemos a señalar qué puede pasar con ellas. El debate está siendo muy intenso.

No podemos descartar que la obesidad de la Constitución siga en aumento y que al celebrar con júbilo su centenario siga como hasta ahora: obedeciéndose sin cumplirse, pero eso sí, bien regordeta.

V. ¿NECESITAMOS UNA NUEVA CONSTITUCIÓN?

La literatura jurídico-política en torno de esta pregunta es abundante y policromática. El maestro Carpizo en sus ensayos referidos en el capítulo anterior clasificó con precisión la variedad de opiniones en torno a este punto, que se han expresado mayormente desde mediados de la década de los noventa.

El maestro Carpizo se inclinó por realizar una reforma profunda de la Constitución pero sin producir una nueva Constitución, fundamentalmente porque, dijo, en México no se ha dado una ruptura del orden jurídico que signifique la fuente formal de una nueva Constitución.

Nos parece muy importante subrayar que las afirmaciones de Jorge Carpizo en el sentido apuntado arriba, tuvieron un franco condicionamiento temporal. En varias ocasiones Carpizo utilizó fórmulas como “por ahora” o “hasta ahora”, “no considero que sea la hora”, para referirse a la necesidad de un nuevo texto constitucional. Con ello queda claro que nuestro maestro nunca descartó la posibilidad real de que tal rompimiento total del orden jurídico se produjese y así la necesidad de una nueva constitución.

Con mucha convicción Carpizo planteó que si tal rompimiento se llegara a presentar, debía ser de manera pacífica y pactada por las fuerzas políticas, como ha sucedido en diversos países del mundo ante cambios radicales de la realidad política, económica y social.

²⁸ Para realizar este conteo se tuvo a la vista la versión electrónica de la Constitución Mexicana vigente elaborada por la Secretaría de Servicios Parlamentarios. Secretaría General. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión.

Jorge Carpizo expresó también que si los partidos políticos tienen dificultades para formar consensos en temas de naturaleza secundaria, esto sería aún más difícil tratándose de una nueva Constitución en temas tan delicados y que han creado tantas divisiones como la intervención del Estado en la economía, los derechos sociales, las relaciones con el clero, el aborto, por solo mencionar algunos.

Carpizo indicó que "...reformas constitucionales puntuales y precisas, bien estructuradas, puedan agilizar la resolución de problemas como la corrupción, la impunidad y el poder irresponsable, si a ello se aúna voluntad política y los cargos son ocupados por las personas adecuadas".²⁹

Muchos otros juristas mexicanos como Héctor Fix-Zamudio,³⁰ Diego Valadés,³¹ Ignacio Burgoa,³² Eduardo Andrade,³³ Salvador Valencia,³⁴ entre otros, coinciden con Carpizo en que necesitamos una constitución con profundas reformas, o una Constitución reformadora, para usar las palabras de Valadés.³⁵

A fin de responder a la pregunta medular de si México necesita una nueva Constitución, nosotros pensamos que previamente debe responderse a una pregunta superior.

Esta pregunta la podemos articular de la siguiente manera:

¿Es una nueva constitución lo que México necesita para resolver sus principales problemas? ¿Cómo respondería el maestro Carpizo a esta pregunta?

Además de lo transcrito en párrafos anteriores, en 1999 Jorge Carpizo hizo un listado de los principales problemas nacionales,³⁶ y dijo que éstos se agrupaban en la famosa "quinteta de la muerte" formada por: el ejercicio del poder arbitrario e irresponsable, el dinero mal habido, la impunidad, la corrupción y las personas diciendo mentiras, es decir, la presencia de un ambiente de mentira en donde ya no se sabe a quién creer.

²⁹ Carpizo, Jorge, *Se necesita una nueva Constitución en México*, cit., p. 163.

³⁰ Fix-Zamudio, Héctor, *Hacia una nueva constitucionalidad*, cit., pp. 191-228.

³¹ Valadés, Diego, "México: renovación constitucional o retroceso institucional", *ibidem*, pp. 333-352.

³² Burgoa, Ignacio, "Reformabilidad de la Constitución", *ibidem*, pp. 13-32.

³³ Andrade Sánchez, Eduardo, "Nueva Constitución? ¿Para qué?", *ibidem*, pp. 5-12.

³⁴ Valencia Carmona, Salvador, "Constitución y transición política", *ibidem*, pp. 373-390.

³⁵ Valadés Diego, *La Constitución reformadora*, cit.

³⁶ Carpizo, Jorge, "1999 Problemas acumulados", *Nuevos estudios constitucionales*, cit., pp. 525-530.

Queremos ser un poco más claros en el planteamiento de la cuestión. La pregunta que nos formulamos es si una nueva Constitución es la solución a los problemas de la “quinteta de la muerte”.

En su entrevista publicada en el periódico Reforma el 3 de febrero de 2012³⁷ Carpizo dijo:

Se le atribuyen a la Constitución una serie de males, y los males no son de la norma, sino son vicios de la realidad política y social. Por ejemplo, ¿en qué norma de la Constitución se encuentra aceptada la gran corrupción que hay en México? ¿En qué norma se encuentra la irresponsabilidad de los poderes políticos; ¿en qué norma se encuentra el fraude electoral de otras épocas, en qué norma está la destrucción de la moral pública, la virtud cívica y el patriotismo?

En su ensayo de 2011 publicado en *Cuestiones Constitucionales*³⁸ Carpizo dijo con contundencia:

Estos gravísimos problemas no los crearon las normas constitucionales; al contrario, en gran parte, por su no aplicación. Se desprecia el Estado de derecho. Las violaciones constitucionales y legales no se castigan, y en muchos casos se festejan. Esta problemática no se supera con una nueva constitución, sino con la aplicación de la vigente. Es un problema de la realidad, del ambiente cultural, de la pérdida de la virtud cívica, de la falta de voluntad política para aplicar la ley.

También dijo: “...no es la norma la que va a modificar la realidad o la mentalidad de las personas. Tenemos que ir a otros caminos: Mayor educación constitucional, mayor conocimiento de las normas, una cultura de la legalidad”.³⁹

No podemos dejar de reproducir los párrafos finales de este ensayo de Jorge Carpizo, en el que con claridad meridiana responde a la pregunta que formulamos al iniciar este capítulo, dijo:

... más allá de discutir la posibilidad de una nueva constitución o la reforma integral de la misma, es indispensable y urge crear una ética política que sea factor determinante para que el proceso político se conduzca dentro de los

³⁷ Ortega, Octavio, *op. cit.*, nota 11.

³⁸ Carpizo, Jorge, *op. cit.*, nota 15. pp. 163.

³⁹ Ortega, Octavio, *op. cit.*, nota 11.

marcos que señala la constitución; es preciso fomentar la cultura de que nadie se encuentra por encima de la ley, que los cargos políticos y públicos son para servir a la comunidad y no, por ningún motivo, para la satisfacción o el enriquecimiento personales. Para actualizar lo anterior nada más importante que los ejemplos, los actos, los hechos y las acciones dentro el marco de la ley.⁴⁰

Más claro, ni el agua.

En el siguiente apartado exponemos como esa ética política, ese fomento a la cultura y esa honradez del servidor público, en nuestra opinión, son parte de ese sistema de creencias de los mexicanos que llamamos cultura.

VI. UNA OPINIÓN PERSONAL

Desde hace algún tiempo hemos insistido en que la madre de los problemas torales de México es la debilidad, la inconsistencia y a veces de plano la inexistencia del Estado de derecho.⁴¹

La “quinteta de la muerte” que con tanta razón explicaba el maestro Carpizo, y que son: el poder, el dinero, la impunidad, la corrupción y las personas diciendo mentiras, tienen su raíz, a nuestro modo de ver, en esta condición del Estado de derecho en México.

La concepción moderna del Estado de derecho⁴² supone que en esa específica circunscripción en donde rige, los gobernantes sólo pueden hacer lo que la ley les permite y nada más, mientras que los gobernados pueden hacer todo, excepto lo que la ley les prohíbe y nada menos.

En nuestro concepto en México la forma que históricamente ha estado presente, por lo general, es que los gobernantes han hecho lo que les da la gana y los gobernados también.

Con buen tino Armando Alfonzo Jiménez,⁴³ siguiendo a Reyes Heróles, dice que estos son los elementos formales del Estado de derecho:

Principio de legalidad, que es el pivote de la idea del Estado de derecho, por el que todo acto de las instancias del Estado debe estar estricto-

⁴⁰ Carpizo, Jorge, “Se necesita...”, *op. cit.*, nota 15, p. 16.

⁴¹ Madrazo, J., “Jorge Carpizo: México y la moral pública”, *op. cit.*, nota 4, pp. 49 y ss.

⁴² Véase “The Rule of Law as Understood in the west”, *Annales de la Faculte de droit d’Istanbul*, París, t. IX, núm. 12.

⁴³ Alfonzo Jiménez, Armando, *Acercas del estado. Breves reflexiones sobre política y derecho*, Morelia, 2008.

tamente apegado a la ley y el principio de la obligatoriedad del derecho, que implica que la ley no sólo obliga a los gobernados, sino también rige a los órganos del Estado. Le siguen el principio de la supremacía de la constitución y el principio de la responsabilidad del Estado.

En el *Diccionario jurídico mexicano*, el Estado de derecho se define como aquel cuyos diversos órganos e individuos se encuentran regidos por el derecho y sometidos al mismo, esto es, el Estado de derecho alude a aquel Estado cuyo poder y actividad están regulados y controlados por el derecho.⁴⁴

Nos hemos encontrado que muchas veces al hablar del estado de derecho se le relaciona o asocia sólo con la actividad de los poderes u órganos del gobierno, pero que pareciera no relacionarse o que nada tiene que ver con los gobernados o particulares destinatarios de la normas.

Esta perspectiva es explicable si se considera que el estado de derecho aparece como una reacción al absolutismo, en donde el poder del rey no encontraba límites.

También hay quienes al hablar del Estado de derecho sólo miran la dimensión de la ejecución forzosa de la ley contra los particulares remisos en su cumplimiento voluntario, es decir, la acción coactiva del Estado. Este enfoque sólo se fija en la acción propiamente judicial o lo equivalente al “Law Enforcement”.

En este sentido restrictivo consideran la actitud de los gobernados hacia la ley como un tema del concepto de “cultura de la legalidad” y no del Estado de derecho, como hacemos nosotros. Es decir, para nosotros la cultura de legalidad es parte esencial de una específica condición del Estado de derecho.

Lo que queremos resaltar es que en un Estado de derecho las normas rigen para todos, gobernantes y gobernados; gobierno y sociedad civil; esfera política y esfera privada. Es el principio de que nadie está por encima de la ley.

Estamos hablando de lo que Diego Valadés definió como la “regla de reglas” en “que cada uno acepta subordinar su comportamiento a las normas, a trueque de que los demás hagan lo mismo”.⁴⁵

Cuando en particular afirmamos que la madre de los problemas capitales de México es el Estado de derecho, no sólo estamos haciendo referencia a la historia de transgresión a la ley por parte de los gobernantes,

⁴⁴ *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, UNAM, 1983, pp. 110-112. Voz redactada por José de Jesús Orozco Henríquez.

⁴⁵ Valadés, Diego, *La constitución reformadora*, cit., p. 25.

que existe desde que México es México y sobre lo cual existen evidencias tan abundantes que llenarían varias bibliotecas, sino también a la actitud de los gobernados hacia la ley, que en nuestro concepto no sólo ha sido de ignorancia e incompreensión, sino muchas veces de abierto rechazo, no necesariamente hacia los contenidos de la ley, sino a la ley misma en cuanto significa un mandato obligatorio.

Ciertamente esta actitud de rechazo no es propia de todos los mexicanos y en todos los momentos de sus vidas, pero sí de muchos, muchas veces, y es lo suficientemente extendida para caracterizarla como una cultura, como un mal o dolencia nacional.

Es muy probable que este rechazo a la ley por parte de una gran cantidad de mexicanos se haya originado históricamente en la reiterada práctica de los gobernantes de negociar o no aplicar la ley. No se ha tratado de la no aplicación circunstancial de una norma, sino por el contrario de la repetición de que es dable separarse de la norma sin que además haya consecuencias porque el propio estado controla la coercitividad.

La percepción sobre la falta de legitimidad de los representantes del pueblo que son investidos de autoridad, y que además violan y negocian la aplicación de la ley, está sin duda en la base de esta actitud de rechazo a la misma por parte del pueblo. También la injusticia de los contenidos de las normas ha influido sin lugar a dudas en esta actitud.

Si el problema de nuestro Estado de derecho fuese solamente el incumplimiento de las normas por parte de los gobernantes, o la ineficacia de las autoridades encargadas de su ejecución forzosa, lo cual efectivamente se da todos los días, siendo esto muy serio, no sería de tal gravedad como si se le complementa con el rechazo generalizado de las normas por parte de los gobernados.

Los intentos por hacer efectivo el sistema de enjuiciamiento criminal no sólo han fallado por la importación de conceptos extravagantes para la cotidianidad mexicana, sino porque no van acompasados del compromiso de cumplir la ley por parte de la inmensa mayoría de sus destinatarios.

Los sistemas judiciales en el mundo están diseñados para que la ley se aplique de manera forzosa sólo a una minoría, no a la mayoría de la población que no quiere cumplir voluntariamente con las normas, como pasa en nuestro país.

Mientras la “regla de reglas” no se enderece y funcione, las reformas judiciales seguirán fracasando.

Sobre el tema de cuál es la actitud de los mexicanos ante la ley, rescatamos el valioso trabajo de Hugo Concha, Héctor Fix-Fierro, Julia Flores

y Diego Valadés, titulado “Cultura de la Constitución en México”⁴⁶ en el que se hizo una encuesta a 1794 personas representativas de la composición de la sociedad mexicana en 2003.

Una de las varias preguntas de la encuesta de autopercepción fue: “Qué tanto respeta usted la Ley, de donde el 27.7 % dijo que la respetaba totalmente y más del 60% dijo que la cumplía más allá de la mitad de las veces.”⁴⁷

Queremos enfatizar un comentario nodal de los autores respecto de estos resultados, que a ellos y a nosotros nos parecieron asombrosamente positivos. Dijeron: “La autopercepción del respeto a la ley parece ser mucho más complaciente con relación a la opinión sobre el comportamiento general de la sociedad. Esta positiva y elevada percepción de la propia conducta se muestra en abierto contraste con las prácticas cotidianas”.⁴⁸

Estamos totalmente de acuerdo con los autores de este magnífico trabajo. La actitud de los mexicanos hacia la ley, en general, por lo que vemos todos los días en nuestra realidad, no tiene nada de positivo; sin embargo no somos capaces ni siquiera de reconocerlo. Nuevamente obedecemos la ley con los labios, pero la negamos con nuestros hechos.

Eduardo Andrade Sánchez se ha referido también con ejemplos muy ilustrativos a lo que él denomina la “insuficiente consolidación del Estado de derecho”. Dice con razón que en la vida comunitaria cotidiana no hemos llegado a un nivel satisfactorio de cumplimiento de la norma jurídica,⁴⁹ lo que se expresa en el comportamiento casi generalizado de que la norma se hizo para violarse.

Efectivamente, en los refranes populares mexicanos se pueden encontrar muchos ejemplos de este desprecio por las reglas, normas, leyes. Uno muy conocido dice: “El que no transa, no avanza”, o bien el de remitir la justicia a los bueyes de nuestros compadres. Como estos dos ejemplos hay muchos más.

Los ejemplos utilizados por Eduardo Andrade ponen de relieve que esta actitud de menosprecio por la ley se presenta con independencia del nivel educativo o la posición social de la persona, afirmación con lo que estamos totalmente de acuerdo.

⁴⁶ Concha Cantú, Hugo *et al.*, *Cultura de la Constitución en México. Una Encuesta Nacional de Actitudes, Percepciones y Valores*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-Comisión Federal de Mejora Regulatoria-UNAM, 2004.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 25.

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ Andrade Sánchez, Eduardo, *op. cit.*, p. 7.

La actitud de desprecio por la ley se ve en actos tan cotidianos como pasarse el semáforo en rojo, estacionarse en doble fila, dar una “mordida” al agente de tránsito, tirar la basura afuera del bote; robarse el fluido eléctrico del vecino o usar el mismo diablito para la señal de televisión; copiar en los exámenes; llegar tarde a los compromisos, etcétera. Bien dice “la Palabra” que el que peca en lo poco, que no hará con lo mucho.

Esta misma actitud es la base sobre la que crece el narcotráfico, el secuestro y el crimen organizado transnacional, hasta convertirse en los fenómenos que tienen al país de cabeza y que tienden a agravarse con cada día que pasa, con un exceso de complacencia, tolerancia o resignación sociales que amenaza en convertirse en una nueva normalidad, es decir, en acostumbrarnos a un país envuelto en la violencia cotidiana.

También está aquí, a nuestro juicio, la razón por la cual seguimos siendo un país pobre, subdesarrollado, con una injusta distribución de la riqueza y el ingreso en donde las reformas fiscales tienen que recargarse en las causantes cautivos porque muchos mexicanos están decididos a no pagar impuestos y a seguir viviendo en el comercio informal tolerado por el gobierno pero igualmente expresión del desacato a la ley.

Recientemente Sergio López Ayllón⁵⁰ escribió que en “México profesamos una extraña fascinación por el Estado de derecho. Políticos, empresarios y académicos lo invocan a la menor provocación: su ausencia sería la explicación a nuestros problemas, su imperio sería la solución para todos ellos”. Para López Ayllón la solución a este complejo problema pasa fundamentalmente por la desconfianza del pueblo en sus autoridades. Con razón se pregunta qué incentivo puede haber en los ciudadanos para cumplir con la ley si son los políticos y los policías quienes menos la cumplen.

Para nosotros queda claro que la solución al problema del Estado de derecho en México no es sustantivamente un problema jurídico o legal, sino fundamentalmente un problema cultural, en cuanto forma parte de un sistema de creencias colectivo asentado en el subconsciente nacional.

Siendo un elemento cultural es por definición de segunda naturaleza, es decir, es algo que hemos aprendido e interiorizado y que nos hace responder automáticamente en el ámbito social.

Los mexicanos respondemos a las circunstancias de nuestra vida social en automático y con base en ese elemento subconsciente que es el desprecio por la ley.

⁵⁰ López Ayllón, Sergio, “Impuestos y desconfianza: el callejón del estado de derecho”, *El Universal*, sección opinión, 17 de octubre de 2013, p. 20.

Esto les pasa a los miembros de la sociedad civil mientras se mantienen en esa condición y también cuando se convierten, algunos, en representantes populares, políticos o autoridades.

El maestro Carpizo, por ejemplo, reconoció que le había dado originalmente demasiada importancia a la alternancia en la titularidad del Poder Ejecutivo como motor para resolver muchos de los problemas nacionales, a los cuales él se había referido detalladamente.⁵¹ La alternancia en el poder no sólo no resolvió esos problemas sino que muchos se agravaron.

Es decir: el cambio político, social, ideológico, de las personas detentadoras del poder no resuelve por sí solo el problema, porque ellos como los anteriores y los que les sigan participan de ese mismo subconsciente colectivo que les impulsa a decir: “hazte tú para allá, que ahora me toca a mí”, y salen “corregidos y aumentados”. El problema no se ha resuelto porque el cambio de los funcionarios y de los representantes no ha significado un cambio en su forma de pensar.⁵²

Precisamente porque no han cambiado su forma de pensar es que no han podido resolver el problema de la desconfianza.

Las diferencias entre priistas, panistas y perredistas y otros “istas” en los diferentes momentos y ámbitos en los que han gobernando, han sido sólo de matiz, porque a la hora de ejercer el poder lo han hecho con las mismas actitudes, hábitos y creencias de sus antecesores, tanto en lo individual cuanto en lo colectivo, porque no han cambiado su forma de pensar sobre sí mismos.

Cada persona y cada colectividad es lo que piensa de sí misma,⁵³ y así pensamos de nosotros mismos los mexicanos con los resultados que todos sufrimos.

Podríamos pasar mucho tiempo buscando quién o quiénes son los culpables de esta situación. Finalmente nuestro subconsciente individual y colectivo nos impulsa a desplazar sistemáticamente las culpas fuera de nosotros. Es muy probable que el “mal gobierno” sea el responsable de este pecado original, pero esta afirmación no resuelve por sí sola nada.

No cabe duda que debemos esforzarnos en tener cada día autoridades con verdadera legitimidad; leyes con contenidos justos y gobiernos comprometidos con la rendición de cuentas, pero estamos convencidos

⁵¹ Carpizo, Jorge, “La moral pública en México”, *Moral pública y libertad de expresión*, México, Res Pública, 2008.

⁵² Véase Tice, Louis E., *Smart Talk for Achieving Your Potential*, Canadá, Pacific Institute Publishing, Revised Edition, 2005.

⁵³ *Ibidem*, p. 21.

que sin el cambio de la cultura de desprecio por la *ley*, ninguna de tales medidas tendrá verdadera sustentabilidad.

La pregunta que debemos hacernos es si este problema, que está profundamente enraizado en nuestro sistema de creencias colectivas, es decir, en nuestra cultura, tiene o no solución.

Si no hay solución, entonces los mexicanos debemos acostumbrarnos a administrar el problema lo mejor que sea posible, con algunas reformas a las instituciones, al régimen de gobierno, al sistema judicial y al electoral, e incluso con profundas reformas constitucionales o dándonos incluso una nueva constitución, que al final obedeceremos pero no cumpliremos. Sería tanto como administrar la crisis mientras estalla de manera definitiva con quien sabe qué consecuencias, pero funestas y violentas, desde luego.

Si en cambio este problema sí tiene solución, es decir, si es verdaderamente posible cambiar estas creencias nacionales sobre la ley, entonces no habría tiempo que perder porque si algo toma tiempo son precisamente los cambios culturales.

En su artículo sobre Jorge Carpizo: México y la moral pública,⁵⁴ Madrazo advirtió que en las aplicaciones prácticas de la psicología cognitiva pueden encontrarse fórmulas que permitan al país avanzar en el cambio de estas formas de pensar en cuanto a la ley, que finalmente son un reflejo de una baja autoestima, de una imagen empobrecida y un diálogo interno y personal profundamente negativo que tenemos en nuestra calidad de mexicanos. Ésta es la hora en que nos decidamos a querernos mucho más a nosotros mismos, a apreciemos en todo lo que valemos y entendamos el futuro brillante que nos espera si nos deshacemos de tantas lacras que en la historia se han acumulado en nuestro subconsciente colectivo.

Seguramente en las obras de Samuel Ramos,⁵⁵ Santiago Ramírez,⁵⁶ Octavio Paz,⁵⁷ Carlos Fuentes⁵⁸ y Jorge Castañeda,⁵⁹ entre otros, se podrán encontrar las respuestas sobre porqué los mexicanos somos como somos, tema que desborda por completo los ajustados límites de esta en-

⁵⁴ Madrazo, Jorge, "Jorge Carpizo: México...", . *cit.*, nota 4, p. 53.

⁵⁵ Ramos, Samuel, *El perfil del hombre y la cultura en México*, México, 1934.

⁵⁶ Ramírez Sandoval, Santiago, *El mexicano: psicología de sus motivaciones*, México, UNAM, 1983.

⁵⁷ Paz, Octavio, *El laberinto de la soledad*, México, FCE, 1989.

⁵⁸ Fuentes, Carlos, *El espejo enterrado*, México, Aguilar, 1988.

⁵⁹ Castañeda, Jorge G., Mañana o Pasado, "El misterio de los mexicanos", Estados Unidos de América, Randon House, 2011.

trega, pero que sin lugar a duda son un referente para acometer el cambio cultural que proponemos.

En realidad nosotros estamos llamando a una revolución, pero no una revolución armada ni violenta, sino una revolución del pensamiento, profundamente pacífica y que se convierta en la fuente real de una nueva constitución basada en la convicción profunda del Estado de derecho, que por tanto nazca con las seguridades que será una que se obedezca y se cumpla.

APARIENCIA DEL BUEN DERECHO Y LA APLICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN MATERIA ELECTORAL

Saúl MANDUJANO RUBIO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Límites a la libertad de expresión en materia electoral*. III. *Campañas negativas y libertad de expresión*. IV. *Medidas cautelares en materia electoral y campañas negativas*. V. *La apariencia del buen derecho como presupuesto para la declaración de medidas cautelares*. VI. *Ejercicio reflexivo*. VII. *Consideración final*. VIII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Amerita introducir el texto con una referencia al pensamiento jurídico del ilustre y querido maestro Jorge Carpizo McGregor, de acuerdo con su punto de vista, entre los diversos derechos humanos no puede existir enfrentamiento o conflicto alguno, sino armonía y compatibilidad que deben precisar las Constituciones, los tratados internacionales, las leyes y las tesis jurisprudenciales.¹

En virtud de su naturaleza y sus características, dicha armonía y compatibilidad es importante para no vulnerar, infringir o anular los derechos y libertades de otra u otras personas. Sostiene el doctor Carpizo que si nos auxiliamos con lupa veremos que ese aparente conflicto es solo un asunto de armonización de derechos y, desde esta perspectiva, no existe jerarquía superior entre los derechos a la vida privada y a la información, sino que examinándose el caso concreto, el juez decide qué precepto constitucional y legal debe aplicar a dicho asunto. Toca al juez respetar el marco constitucional, convencional y legal que armoniza los diversos derechos humanos.²

¹ Carpizo, Jorge, “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 25, julio-diciembre de 2011, p. 25.

² *Ibidem*, p. 26.

Establecer con claridad que no existe conflicto o pugna entre los derechos humanos reviste un significado particular para su comprensión y su protección efectiva. Entre los derechos humanos no existen jerarquías, lo que acontece es que el juez aplica las disposiciones normativas que los rigen, incluyendo las “limitaciones” a esos derechos, armonizando al caso concreto dos derechos humanos; en el supuesto específico que nos servirá de estudio, el derecho de la vida privada y el de la libertad de expresión o derecho a la información en su acepción actual.³

Orientado al análisis de la libertad de expresión en materia electoral, mediante la reflexión derivada de casos prácticos y de la postura interpretativa del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TE-PJF), se expone de qué manera se aplican las medidas cautelares a partir de la apariencia del buen derecho. Tal como lo hace el doctor Carpizo, se sostiene en el texto que no existen antinomias entre los derechos humanos. Se trata de lograr la armonía en su ejercicio a partir de una correcta aplicación de sus límites, pues es indudable que el contenido esencial de un derecho impone límites a su ejercicio. Son límites intrínsecos al derecho, distinto a los que pueden venir del ejercicio de otro con el que en apariencia puede entrar en colisión.⁴

Mediante la aplicación de medidas cautelares se pretende en materia electoral conseguir la armonía entre la libertad de expresión, el derecho a la información y el derecho a la vida privada. De frecuente uso en las campañas electorales, las expresiones que ofrecen información sobre la vida privada de candidatos pueden ser objeto de una medida cautelar que implique su retiro de la propaganda política y los medios de comunicación. En el texto se aborda esta problemática a partir de criterios sostenidos en la apariencia del buen derecho y el peligro de demora. No pasa por alto insistir que en todo caso se afirma que no existe conflicto entre los derechos fundamentales, porque es cuestión de armonizarlos en forma correcta.

II. LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN MATERIA ELECTORAL

En el contexto de las instituciones políticas, la libertad de expresión es un derecho que ha sentado las bases para transformaciones institucionales de

³ *Ibidem*, p. 27.

⁴ *Ibidem*, p. 29.

gran envergadura. Por un lado, es un derecho que tiene valor en sí mismo en virtud de los bienes que encarna, por el otro, se trata de un derecho que tiene un valor instrumental en la medida que su garantía efectiva es una condición esencial del Estado constitucional democrático. La libertad de expresión permite la recreación constante de un debate “desinhibido y abierto”, indispensable en la consolidación de la convivencia democrática.⁵

Para ejercer la libertad de expresión es pertinente contar con los canales adecuados. Distintos tribunales constitucionales han señalado que esta libertad exige el derecho de acceder a medios de comunicación plurales y abiertos, en tanto que son los instrumentos necesarios para darle viabilidad. Como lo afirma Miguel Carbonell, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa de manera directa, y en la misma medida, un límite al derecho a expresarse libremente.⁶

Dado que la democracia requiere de un debate desinhibido y robusto, la libertad de expresión en los asuntos políticos debe ser abierta. De hecho, la alta estimación a esta clase de libertad ha generado un estándar judicial que ha sido recogido por los tribunales mexicanos en el sentido de ser especialmente exigentes para aceptar limitaciones.

Tal como lo sostiene la Sala Superior del TEPJF, en el marco de las contiendas electorales debe privilegiarse una interpretación favorecedora de la libertad de expresión, a fin de evitar el riesgo de restringir indebidamente ese derecho fundamental. Postura adoptada de manera decisiva, la trayectoria interpretativa de la Sala Superior sostiene la tesis de la maximización. Al ejercer esta clase de prerrogativas en el ámbito del debate político, la manifestación de ideas, expresiones u opiniones que apreciadas en su contexto aporten elementos para la formación de una opinión pública libre, la consolidación del sistema de partidos y el fomento de una auténtica cultura democrática, no transgrede la normativa

⁵ Salazar Ugarte, Pedro y Gutiérrez Rivas, Rodrigo, *El derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la no discriminación*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 4.

⁶ Carbonell, Miguel, *La libertad de expresión en materia electoral*, México, Tribunal Federal del Poder Judicial de la Federación, 2008, p. 55.

electoral siempre que no rebase el derecho a la honra y la dignidad reconocidos como derechos fundamentales, lo que, se entiende, será ponderado caso a caso.⁷

En el ámbito de la competencia electoral, la libertad de expresión permite socializar mensajes de contenido político, difundir programas, ideologías y plataformas, confrontar ideas y propuestas de campaña, ejercer la crítica hacia los miembros de la clase política y los partidos políticos, debatir en torno a los resultados de la gestión pública, transmitir spots con voces e imágenes propagandísticas, enviar información con contenido electoral, entrar en diálogo directo con los candidatos y sus partidos y, en el extremo, posibilitar la expresión de las preferencias políticas mediante el ejercicio directo del sufragio.⁸

Según lo expresa César Astudillo, es en el contexto de las campañas electorales donde el ejercicio de la libertad de expresión se agudiza e intensifica para permitir el flujo más amplio de información entre los ciudadanos y los candidatos a cargos de elección popular. En el ámbito del debate político, frente a juicios valorativos, afirmaciones o apreciaciones producto de la confrontación política, la libertad de expresión adquiere otra dimensión pues contribuye a la discusión de temas de interés público dentro de una sociedad democrática. No se trata de una libertad más, sino de un pilar y fundamento del orden político en tanto condición necesaria para el mantenimiento y consolidación de las instituciones democráticas. Lo anterior no significa que la libertad de expresión sea jerárquicamente superior a otras libertades, en realidad, es cuestión de ponderar la función que desempeña cuando coexiste con otros derechos y libertades, a fin de no desnaturalizar su contenido ni su relevancia.⁹

Siendo prerrogativa fundamental reconocida y garantizada por las Constituciones de la mayoría de los países democráticos o en vías de democratización. Igualmente reconocida en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la libertad de expresión plantea en su ejercicio ciertos dilemas para resolver en la práctica: ¿es válida cualquier forma de expresión? Si no es

⁷ Véase Jurisprudencia 11/2008, LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN. SU MAXIMIZACIÓN EN EL CONTEXTO DEL DEBATE POLÍTICO, *Gaceta Jurisprudencia y tesis en materia electoral*, año 2, núm. 3, 2009, p. 20.

⁸ Astudillo, César, “La libertad de expresión en el contexto del modelo de comunicación político-electoral”, *Revista Mexicana de Derecho Electoral*, núm. 3, enero-junio de 2013, p. 8.

⁹ *Ibidem*, p. 10.

así, ¿cuáles son sus límites?; si hay límites, ¿es un derecho que se puede cooptar?¹⁰

Tema polémico en el debate constitucional contemporáneo, por tratarse de un derecho fundamental que tiene un valor especial en sí mismo, los límites a la libertad de expresión provocan distintos posicionamientos. Algunos sostienen que no puede limitarse salvo en casos de verdad extremos y excepcionales, mientras otros afirman que una adecuada limitación constituye, incluso, una precondition de la misma. Toda vez que entre los derechos fundamentales no hay conflicto, al igual que el resto de los valores positivos, la libertad de expresión debe conjugarse con otras libertades y derechos para lograr su armonización.

Del mismo modo que otras libertades o derechos, la libertad de expresión encuentra una regulación normativa con limitaciones e incluso prohibiciones puntuales. Desde la óptica de foros internacionales como la Organización de las Naciones Unidas, una regulación adecuada de la libertad de expresión que impone límites a su ejercicio, puede constituir una manera de fortalecerla. Acorde a lo dispuesto en los artículos 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), se prevé que la libertad de expresión puede limitarse, cuando sea necesario, para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud y la moral pública. En términos del artículo 32 de la CADH los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática.

Respecto de los límites a la libertad de expresión en materia electoral, la reforma constitucional de 2007 ubicó el tema como uno de los ejes de debate. Después de la controvertida elección presidencial de 2006, casi todos los actores políticos relevantes estuvieron de acuerdo en que la regulación de este derecho era uno de los objetivos centrales del proceso de reforma.

Susceptible de ser limitado, el derecho a la libertad de expresión se rige en principio por lo dispuesto en el artículo 41 constitucional, fracción III, apartado C. El precepto dispone que “en la propaganda política o electoral que difundan los partidos deberán abstenerse de expresiones que denigren a las instituciones y a los propios partidos, o que calumnien a las personas”. Interpretado con mucha cautela, el dispositivo consti-

¹⁰ Roldán Xopa, José, *Libertad de expresión y equidad: ¿la Constitución contra sí misma?*, México, Tribunal Federal del Poder Judicial de la Federación, 2011, p. 7.

tucional suscita algunos comentarios. De acuerdo con las condiciones propias de la contienda electoral en nuestro país, parece razonable que el actual modelo prohíba la denostación de instituciones y partidos políticos y la calumnia de los candidatos, en virtud de que la Constitución no puede privilegiar un “derecho al insulto”. Sin embargo, se deja a los órganos jurisdiccionales la última palabra para fijar los límites al contenido de la libertad de expresión. Corresponde a los tribunales y a las autoridades administrativas en la materia no restringir en exceso las expresiones en una contienda electoral.¹¹

Cautelosos de manera particular con la disposición constitucional que impone límites a la libertad de expresión, en el control judicial los tribunales han acuñado técnicas que someten a una estricta revisión aquellas prácticas restrictivas a esta clase de libertad. Buscando maximizar su ejercicio, la técnica de la revisión estricta se ha adoptado de forma especial por el Tribunal Electoral de la Federación. Dado que las restricciones constitucionales son indeterminadas, solo pueden determinarse en función de un caso concreto. Ello implica que el órgano jurisdiccional tendrá que ser cuidadoso de no afectar injustificada o arbitrariamente esta libertad. De hecho, la técnica de revisión estricta se vincula con un mandato de interpretación expansiva de los derechos político-electorales contenido en criterios jurisprudenciales del propio Tribunal Electoral.¹²

Como sucede con los demás derechos fundamentales, la libertad de expresión no es un derecho absoluto, su restricción puede contemplarse en diferentes supuestos. De acuerdo con el artículo 6o. constitucional, la manifestación de las ideas podrá restringirse en los casos de ataque a la moral, a la vida privada o a los derechos de terceros; provoque algún delito o perturbe el orden público. En términos de la jurisprudencia sustentada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se trata de límites tasados y directamente especificados. Si la manifestación de las ideas no puede ser objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, ninguna ley ni autoridad puede establecer censura previa. Esto implica que el Estado no puede someter las actividades expresivas o comunicativas de los particulares a la necesidad de solicitar previamente un permiso a la autoridad que, por razones de contenido, tenga el poder de impedir su desarrollo.

¹¹ Hurtado Gómez, Ignacio, *Libertad de expresión y equidad electoral: el caso de Iridia Salazar*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2011, p. 24.

¹² Véase Jurisprudencia 29/2002, “Derechos fundamentales de carácter político electoral. Su interpretación y correlativa aplicación no debe ser restrictiva”, *Compilación 1997-2010: jurisprudencia y tesis en materia electoral*, vol. 1, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2011, p. 254.

Por supuesto, la prohibición de la censura no significa que la libertad de expresión no tenga límites, o que el legislador no esté legitimado para emitir normas sobre el modo de su ejercicio.¹³

Acorde con lo anterior, el artículo 7o. constitucional evidencia con claridad la intención de contener dentro de parámetros estrictos las limitaciones a la libertad de expresión, al establecer que no tiene más límites que los previstos en el primer párrafo del artículo 6o. de la propia Constitución, es decir, el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. Es inviolable la libertad de difundir opiniones, información e ideas, a través de cualquier medio. Este derecho no puede restringirse por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares.

Cuando se impuso como límite a la propaganda política y electoral el uso de expresiones que denigren a las instituciones y a los partidos o que calumnien a las personas, en armonía con el artículo 6o. constitucional en cuanto al respeto a los derechos de terceros, al difundir su propaganda los partidos deben actuar con respeto a la reputación y vida privada de los candidatos, así como a la imagen de las instituciones y de los otros partidos políticos. Sin embargo, en el caso de las campañas negativas tanto en el control judicial como en la doctrina se condena la censura previa. En el debate público electoral es preferible correr el riesgo de que candidatos, partidos y medios se extralimiten en los contenidos de la propaganda y sus manifestaciones, a poner candado a la libertad de expresión mediante previa censura de materiales por transmitir.

El límite a la libertad de expresión está en la dignidad, reputación y honra de las personas afectadas, ese límite no puede implicar una exigencia de veracidad tratándose de apreciaciones, opiniones o juicios de valor. Preciado por la interpretación de la Sala Superior del TEPJF respecto del artículo 38, párrafo 1, inciso p), del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (Cofipe), lo dispuesto en el precepto tiene por objeto excluir del ámbito de protección normativa aquellas críticas, expresiones, frases o juicios de valor que solo persiguen o tienen como resultado la denostación, la ofensa o la denigración.

Para establecer un límite a la libertad de expresión, no es necesario el empleo de términos que, en sí mismos, constituyan diatriba, calumnia,

¹³ Véase Tesis jurisprudencial 26/2007, “Competencia auxiliar en el juicio de amparo. La presentación de la demanda de garantías ante un juez de primera instancia en donde no radica un juez de distrito no requiere que el acto reclamado sea de los contenidos en el artículo 39 de la ley de la materia”, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en: http://www.scjn.gob.mx/Primera_Sala/Tesis_Jurisprudenciales/TesisJurisprudenciales20071212.pdf (consultada el 20 de septiembre de 2013).

injuria o difamación, en otras palabras, sí el límite a esta clase de libertad es la afectación de la dignidad, la honra o la reputación de las personas, no tiene protección constitucional ni legal aquella expresión que tenga por objeto o desenlace el denuesto o la denigración de otro. Dicho de otra manera, el límite no exige que haya finalidad o intencionalidad, queda también excluida una expresión que, sin buscar denostar o denigrar, tenga esa consecuencia. En efecto, no se requiere el uso de vocablos que intrínsecamente constituyan diatriba o difamación, puede darse el caso de términos que lo sean solo en su contexto.¹⁴

Distinción fundamental en términos de la protección constitucional, la Sala Superior del TEPJF sostiene que las afirmaciones de hecho falsas, erróneas o incorrectas no gozan de cobertura por la norma, a diferencia de los juicios de valor y afirmaciones ciertas. Debe insistirse que la protección constitucional y legal se rige por parámetros distintos. Mientras la veracidad es requisito para tutelar las afirmaciones, no lo es tratándose de opiniones, ideas o juicios.

Según lo plantea la Sala Superior del propio TEPJF, corresponde a la libertad de expresión una “dimensión social”, pues no se trata solo de un derecho individual a expresarse, sino que tal derecho individual va de la mano de un derecho colectivo a recibir información y a conocer la expresión ajena, debiendo protegerse ambas dimensiones en forma simultánea. En efecto, la libertad de expresión no puede circunscribirse a proteger la posición de quien participa en el foro público, debe también extender su cobertura a quienes son receptores del mensaje. Proteger la libertad de expresión amerita considerar no solo la naturaleza del discurso expresado o el carácter de las expresiones proferidas, sino, también, por ejemplo, la identidad de quien se expresa, el entorno institucional en que se producen las expresiones o el medio a través del cual se difunden, ya sea un medio impreso, o bien, medios electrónicos de comunicación.¹⁵

Sin dejar de ser un derecho de las personas, la libertad de expresión también tiene un valor social por ser condición de la propia democracia constitucional. De ahí que en ciertas circunstancias sea legítimo imponerle límites y restricciones a su ejercicio. Estos límites serán bienvenidos en la medida que pueda lograrse la armonía con otros derechos fundamentales. No es fácil determinar cuándo es correcto imponerlos y en

¹⁴ Madrazo Lajous, Alejandro, *Los límites de la libertad de expresión*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008, p. 284.

¹⁵ Sentencias del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación SUP-RAP-31/2006 y SUP-RAP-34/2006, véanse en *ibidem*, pp. 23-258.

qué medida se justifican. En materia electoral, como en otros ámbitos, se trata de establecer algunas coordinadas generales que constituyen limitaciones explícitas y que, en su momento, podrán aplicarse a un caso concreto en el que la situación se materialice. Por ejemplo, en las sociedades democráticas se limitan aquellas expresiones que constituyan incitación a la discriminación, la hostilidad, el odio o la violencia. También pueden limitarse expresiones homofóbicas como lo hizo recientemente la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Aunque en algunos estados no existan disposiciones legales explícitas sobre los límites a la libertad de expresión, la mayoría de los Estados democráticos aceptan imponerle restricciones cuando se lesionan derechos fundamentales de manera grave o en situaciones excepcionales que puedan poner en riesgo la estabilidad y la paz social. El problema es que la imposición de esas limitaciones supone ejercicios de ponderación en cada caso concreto. Ese ejercicio es realizado de manera normal por los órganos jurisdiccionales y constituye una verdadera prueba de fuego poner en una balanza, por una parte, la libertad de expresión y, por la otra, otros principios, instituciones y derechos, como el derecho a la vida privada.¹⁶

III. CAMPAÑAS NEGATIVAS Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

En buena medida la forma que asume la campaña electoral determina su contenido, posibilita ciertas estrategias y cancela otras, fomenta un tipo de discurso político o inhibe posturas alternativas. Una aportación del legislador es la pretensión de que los partidos políticos y sus candidatos realicen campañas reflexivas y propositivas, por tal motivo, tanto la propaganda electoral como las actividades de campaña deberán propiciar la exposición, desarrollo y discusión ante el electorado de los programas y acciones fijados en sus documentos básicos, de manera particular en la plataforma electoral que hubieren registrado.

A pesar de la exhortación es una práctica común en las contiendas electorales desacreditar al adversario. En distintos países un alto porcentaje de los gastos utilizados por asociaciones “independientes” están dedicados a desprestigiar al contendiente. De hecho, se crean grupos con el fin de “hacer el trabajo sucio” desplegando mensajes en especial virulen-

¹⁶ Salazar Ugarte, Pedro y Gutiérrez Rivas, Rodrigo, *El derecho a la libertad de expresión...*, cit., p. 20.

tos. Ahora bien, los efectos reales y duraderos de este tipo de campañas pueden evaluarse de distinta manera.

Con relación a las campañas negativas se han manifestado posturas a favor y en contra. En principio no existe duda para condenar las “campañas negras o sucias”, aquellas referidas de manera básica a las ofensas, calumnias, denigración e intromisión en la vida privada de los candidatos en forma ajena con los asuntos públicos. De acuerdo en regular las campañas que incurrir en descalificaciones o en la divulgación de aspectos estrictamente personales para propósitos electorales, buena parte de la doctrina insiste en distinguir las campañas sucias de las campañas negativas. No es lo mismo una campaña que calumnia respecto de aquella que lanza ataques al adversario a partir de su trayectoria e información verídica y fidedigna. La campaña negativa puede estar relacionada con hablar sobre los defectos del otro en lugar de hacerlo sobre las bondades del candidato propio.¹⁷

Nadie puede sostener que sea de poca importancia respetar el honor de las personas, tampoco negar la trascendencia de que exista información veraz en los spots y propaganda electoral. Aunque haya partidarios de la difamación y la desinformación, nunca podrán presentar esto como un valor, ni siquiera bajo el argumento de la pluralidad. No es correcto desinformar o difamar a sabiendas, tales actos no pueden considerarse valiosos. Ahora bien, si estamos entonces ante un derecho cuya afectación puede estimarse grave y frente a fines cuya persecución consideramos significativa, la instrumentación legislativa estará justificada siempre y cuando exista un equilibrio entre ambos o que la valoración de los fines se imponga sobre la limitación del derecho. Lo delicado es darle poder a un órgano para fiscalizar aquel tipo de expresiones que sospeche encuadren en la calumnia o denigración, pues ese poder discrecional puede convertirse en la causa de que expresiones legítimas sean prohibidas al aplicar la ley. Cuando se ponderen límites a la libertad de expresión en materia electoral, la autoridad administrativa o el órgano jurisdiccional deben establecer con todo cuidado el umbral para calificar que un caso específico denigra o calumnia, si en realidad no lo hace.¹⁸

Quizás es necesario reconocer que los mensajes políticos destinados a destacar los defectos en el programa, los antecedentes e incluso la per-

¹⁷ Crespo, José Antonio, “Modelo de comunicación y campañas negativas”, en Alcocer, Jorge y Córdova, Lorenzo (comps.), *Democracia y reglas del juego*, México, Nuevo Horizonte Editores-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 105.

¹⁸ Cruz Parceró, Juan Antonio, “Regulación de campañas y libertad de expresión”, en *ibidem*, p. 100.

sonalidad y la trayectoria de los adversarios sufren de muy mala estima entre la opinión pública. Las encuestas de opinión reportan cómo la gran mayoría de los ciudadanos dicen preferir las campañas basadas en propuestas y que se vuelven críticos de los mensajes que enfatizan el ataque. De hecho, diversos analistas, intelectuales y periodistas reaccionan escandalizados ante las acusaciones que los candidatos realizan entre sí.¹⁹

Sin compartir ese punto de vista, Temkin y Salazar consideran que las prohibiciones a contenidos determinados atentan contra el derecho básico a la libertad de expresión. Apuntan que los mensajes carentes de propuestas no necesariamente son negativos. Pueden ser, incluso, un recurso de escrutinio público sobre la trayectoria política de candidatos o partidos. Sostienen los autores que en el debate alrededor del tema, suelen omitirse los efectos benéficos que los mensajes negativos podrían tener sobre el funcionamiento de la democracia y, por otro lado, se sobreestiman los efectos nocivos que se les imputan. En ese debate, los autores no están a favor de las campañas negativas, sino en contra de su prohibición, porque lo que está en juego es la libertad de expresión.²⁰

Contra la visión dominante en la materia, puede citarse que los mensajes negativos podrían tener efectos positivos sobre el funcionamiento de la democracia. Si para proteger la reputación de los políticos contra críticas infundadas, prohibimos todo tipo de críticas, eliminamos un fuerte incentivo para que éstos se muestren responsables en la gestión.

Cuando en una campaña negativa los objetivos del ataque son figuras o instituciones públicas, es importante reconocer que pueden ser tratadas de manera diferente a como son tratados los individuos particulares. En pocas palabras, la persona que participa en la vida política sabe y debe saber que se expone a la luz pública y que su comportamiento será más examinado y cuestionado que el comportamiento de cualquier otro individuo. Bajo tal perspectiva, en los ataques y críticas pueden aplicarse otros criterios de valoración, distintos de los que se utilizan para juzgar en condiciones generales la violación a los derechos de terceros.

De hecho, si a los políticos les interesa cuidar su reputación es porque saben que el futuro de sus carreras depende de ella. Esta preocupación puede ser utilizada para mejorar su comportamiento y desempeño en el cargo público. Un funcionario podría abstenerse de tomar decisiones particularmente irresponsables o abusivas si sabe que después será cri-

¹⁹ Temkin Yedwab, Benjamín y Salazar Elena, Rodrigo, *Libertad de expresión y campañas negativas*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2012, p. 12.

²⁰ *Ibidem*, p. 8.

ticado y mermando en las perspectivas de promoverse ante la opinión pública. Proteger la reputación de los políticos no puede ser a costa de la libertad de expresión.²¹

A todos nos interesa aquella información relevante sobre los antecedentes de los candidatos, ya sea relativa a su disposición para cumplir las promesas de campaña, su posicionamiento en temas controvertidos, sus cualidades, su tolerancia a la corrupción y, entre otros, su pertenencia a determinados grupos políticos. También es pertinente saber si las propuestas son objetivas, viables y socialmente oportunas. Por tal motivo, los mensajes negativos pueden tener para los electores el mismo contenido informativo que los mensajes centrados en la propuesta. De hecho, los anuncios negativos llegan a tener más contenidos fácticos que los anuncios positivos. La razón es muy simple, cuando se descalifica a alguien es un requisito argumentativo exponer las razones del cuestionamiento y explicar qué cosas ha hecho mal la persona señalada.

Es claro que la propaganda de los partidos políticos y candidatos no reviste siempre un carácter propositivo. Puede considerarse en principio que su naturaleza es precisamente esa, esto es, que la publicidad política busque colocar en las preferencias electorales a un partido o candidato, un programa o ideas, íntimamente ligadas a la campaña destinada a influir a favor o en contra de aquellos. Sin embargo, cuando asumimos que los gobernantes, autoridades, actores políticos y candidatos están sujetos a la aceptación de una crítica severa en un marco de apertura, pluralismo y tolerancia de ideas y opiniones, sin que ello signifique un obstáculo para disenter de ella, es válido en una contienda electoral desacreditar al adversario. En tal caso, la estrategia de campaña puede apoyarse en la intención de desalentar el voto ciudadano a favor del partido y candidato opositor, antes de colocar en las preferencias electorales a un candidato propio.

Está justificado en el debate utilizar un lenguaje fuerte y vehemente, también es cierto que no es admisible la calumnia de las personas. Desde luego resulta alentador que la legislación intente limitar el uso de propaganda negativa, pero es grave que intente prohibirse. Si en la mayor parte de los sistemas democráticos el debate político suele ser muy ríspido, es inconsistente limitar en exceso el contenido del mensaje. Una cierta dosis de mensajes negativos es inevitable y sano en todo sistema democrático, pues en la medida que la competencia es real los contendientes apelan a todo tipo de emociones posibles en los votantes, por lo mismo, en la

²¹ *Ibidem*, p. 19.

democracia debe asumirse la capacidad básica de los ciudadanos para decidir su voto con base en el propio entendimiento de los mensajes que reciben, sean positivos o negativos.

Tanto en la doctrina como en los órganos jurisdiccionales se estima que los argumentos en contra de los mensajes negativos no son lo suficientemente fuertes como para justificar limitaciones adicionales a la libertad de expresión de las ya contempladas en los artículos 6o. y 41 constitucionales. De hecho, las restricciones parecen razonables en la medida que se intenta preservar la integridad de los ciudadanos. De cualquier modo, para incrementar la calidad del debate político no es pertinente prohibir o limitar en exceso los mensajes negativos. Junto con los mensajes propagandísticos que privilegian las propuestas y los programas, es oportuno utilizar los que destacan las debilidades del oponente.

IV. MEDIDAS CAUTELARES EN MATERIA ELECTORAL Y CAMPAÑAS NEGATIVAS

Resulta común ubicar a las medidas cautelares dentro del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. En términos generales, la medida cautelar tiene como finalidad asegurar la efectividad de una eventual sentencia que se pronuncie en un juicio, así como evitar que durante el proceso puedan producirse daños y perjuicios de imposible o difícil reparación para el agraviado. De carácter instrumental, la medida cautelar sigue la suerte de la pretensión principal, desde el principio hasta el final.²²

De vigencia temporal que pierde su eficacia cuando se dicta la sentencia, ya sea reconociendo el derecho o negando su existencia, la medida cautelar perderá su propósito cuando ya no existan efectos que requieran ser asegurados. En la materia electoral la determinación de las medidas cautelares no amerita una resolución judicial, por ser también de potestad administrativa. Pueden ser dispuestas por el Instituto Federal Electoral (IFE) dentro del procedimiento especial sancionador.

Providencia instructora anticipada que sirve para facilitar el resultado práctico de una futura ejecución, lo urgente en la medida cautelar no es la satisfacción del derecho sino el aseguramiento preventivo de los medios aptos para determinar que la providencia principal, cuando llegue, sea justa y prácticamente eficaz. No se trata de acelerar la satisfacción

²² De Alba de Alba, José Manuel, *La apariencia del buen derecho en serio*, México, Porrúa, 2011, p. 64.

del derecho controvertido, sino solo suministrar de manera anticipada los medios idóneos para conseguir que la decisión principal o la ejecución forzada de esa decisión se produzcan en condiciones más favorables.

Uno de los elementos que justifican de forma razonable el otorgamiento de una medida cautelar es el peligro de demora. Si recurrimos a la materia de amparo, la suspensión tiene como efecto evitar el peligro que para el derecho puede suponer la existencia misma de un proceso. Es decir, la amenaza de que se produzca un daño irreparable está en la lentitud propia e inevitable del proceso mismo. En efecto, la medida cautelar tiene sentido si hay un derecho que necesita protección provisional y urgente, a raíz de un daño ya producido o de inminente producción, mientras dure un proceso en el que se discute, precisamente, una pretensión de quien sufre el daño o su amenaza.²³

Con base en lo anterior quien juzga se encuentra obligado a realizar un análisis detallado para calcular los posibles daños que pueden ocasionarse en diversos aspectos de un proceso principal, en caso de que la medida cautelar no sea concedida en el momento en que sea solicitada. Para que la medida provisional se justifique razonablemente y desplace al debido proceso, el daño provocado por la demora en el juicio principal debe traducirse en una afectación irreparable o difícilmente reparable.

Presupuesto inherente a toda medida cautelar es el *fumus boni iuris* o apariencia del buen derecho, de cuya naturaleza participa la suspensión. Dicho de otro modo, para el otorgamiento de la medida provisional debe tomarse en cuenta, entre otros factores, la naturaleza de la violación alegada, lo que implica que debe atenderse al derecho subjetivo que se dice violado. Principio doctrinal seguido por la SCJN el *fumus boni iuris* o apariencia del buen derecho, considera que el derecho legítimamente tutelado de quien solicita la suspensión existe y le pertenece, aunque sea en apariencia. Es cierto que la apreciación necesaria sobre el buen derecho del promovente anticipa el fondo del juicio principal, pero no hay que olvidar que lo adelanta solo provisionalmente, es decir, sin prejuzgarlo. No lo anticipa más que en la propia concesión de la suspensión, que siempre tendrá un carácter temporal, sin más efecto que mantener las cosas en el estado en que se encuentran. En el peor de los casos retarda la ejecución del acto de autoridad pero salvaguardando la materia del juicio constitucional que siempre, de una forma u otra, versa sobre el respeto de los derechos públicos subjetivos de los gobernados.²⁴

²³ *Ibidem*, p. 76.

²⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La apariencia del buen derecho*, México, Themis, 1996, p. 32.

Al conceder una medida cautelar el juzgador debe realizar un estudio de probabilidad y verosimilitud del derecho del solicitante que podrá cambiar al dictar la sentencia definitiva, pues el hecho de que anticipe la probable solución de fondo del juicio principal, es un adelanto provisional, solo para efectos de la suspensión. Existen presupuestos legales y jurisprudenciales que el juez o autoridad deben constatar para otorgar la suspensión o medida cautelar:

- Que lo solicite el agraviado.
- Que no genere perjuicio al interés social, ni se contravengan disposiciones de orden público.
- Que sean de difícil reparación los daños o perjuicios que se causen al agraviado con la ejecución del acto.

Del mismo modo que en otras disciplinas, los presupuestos de las medidas cautelares en materia electoral son las razones por las cuales se justifica que en un proceso pueda afectarse a la parte ofendida sin haberse dictado sentencia, conciliando dos de los principios frecuentemente opuestos en los litigios: la eficacia (tutela efectiva) y el debido proceso legal (lentitud). Las providencias precautorias se presentan entonces como una conciliación entre los dos principios mencionados. Ahora bien, para que el principio de eficacia sea preferente sobre el del debido proceso legal, el daño provocado por la demora en el juicio debe traducirse en una afectación irreparable o difícilmente reparable. De ahí la importancia del peligro en la demora y la apariencia del buen derecho.²⁵

Dado que las medidas cautelares se presentan antes de que se dicte la sentencia definitiva, no puede exigirse el mismo estándar de prueba para acreditar el derecho controvertido, por ello, basado en la apariencia del buen derecho, se justifica la medida provisional. De eso se trata precisamente la llamada verosimilitud en el derecho, pues basta que la existencia del derecho parezca verosímil para prever que la providencia pueda dictarse en sentido favorable. De condición sumaria, la medida cautelar no requiere la demostración plena de los hechos en los que se sustente el derecho reclamado, circunstancia que sí debe acreditarse en la resolución final.

Criterio sostenido por la SCJN, las medidas cautelares constituyen resoluciones provisionales que se caracterizan, de modo general, por ser accesorias y sumarias; accesorias, en tanto la privación no constituye un

²⁵ De Alba de Alba, José Manuel, *La apariencia del buen derecho...*, cit., p. 75.

fin en sí mismo, y sumarias, debido a que se tramitan en plazos breves y cuyo objeto es, previendo el peligro en la dilación, suplir de manera interina la falta de una resolución asegurando su eficacia. Toda vez que la emisión de tales providencias no constituye un acto privativo, pues sus efectos provisionales quedan sujetos a lo que resulte en el procedimiento administrativo o jurisdiccional en el que se dicten, donde el sujeto afectado es parte y podrá aportar los elementos probatorios que considere pertinentes, para la imposición de las medidas cautelares no rige la garantía de previa audiencia.²⁶

En materia electoral, mediante el procedimiento administrativo para la atención de las solicitudes de medidas cautelares, ya sea a petición de parte o de manera oficiosa, procede en todo tiempo la adopción de esta clase de providencias, cuando se denuncie la presunta transgresión de disposiciones constitucionales y legales que puedan actualizar alguno de los supuestos señalados, de forma enunciativa mas no limitativa, en el artículo 17 del Reglamento de Quejas y Denuncias del Instituto Federal Electoral:

- Difusión, contratación y adquisición de tiempos en cualquier modalidad de radio y televisión por parte de los partidos políticos, por sí o por terceras personas físicas o morales.
- Difusión, contratación y adquisición de tiempos en cualquier modalidad de radio y televisión por parte de personas físicas o morales a título propio o por cuenta de terceros dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, a favor o en contra de partidos políticos o de candidatos.
- Por la violación o incumplimiento a las pautas y tiempos de acceso a radio y televisión.
- Por la difusión de propaganda política o electoral por parte de los partidos políticos o personas sobre las que aquéllos tengan calidad de garante, que contenga expresiones que denigren a las instituciones y a los propios partidos o que calumnien a las personas.
- Por la difusión de propaganda gubernamental en radio y televisión de los poderes federales, estatales, municipales, órganos de gobierno del Distrito Federal, sus delegaciones y cualquier otro ente público, durante el tiempo que comprendan las campañas electorales federales o locales, y hasta la conclusión de la jornada electoral.

²⁶ Véase Tesis 196727, P/J 21/98, MEDIDAS CAUTELARES. NO CONSTITUYEN ACTOS PRIVATIVOS, POR LO QUE PARA SU IMPOSICIÓN NO RIGE LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Novena Época, t. VII, marzo de 1998, p. 18.

- En general cuando se presume la transgresión de los principios constitucionales y legales que rigen la materia electoral, incluso cuando se trate de actos continuados.

Contra actos consumados, irreparables o de imposible reparación, no procederá la adopción de medidas cautelares, ya que se trata de actos cuyos efectos no pueden retrotraerse y son materialmente imposibles de restituir al estado en que se encontraban antes de ocurrir los hechos denunciados. Las medidas cautelares tampoco proceden contra actos futuros de realización incierta.

Dictadas u ordenadas solo por el Consejo General y por la Comisión de Quejas y Denuncias del IFE, según lo dispuesto en el artículo 17, inciso 9, del Reglamento de Quejas y Denuncias del Instituto, las medidas cautelares que pueden proponerse en el proyecto de acuerdo son las siguientes: ordenar la suspensión de la transmisión de promocionales de radio y televisión; ordenar el retiro de la propaganda contraria a la ley; prohibir u ordenar cesar la realización de actos contrarios a la ley. El acuerdo en que se determine la adopción de medidas cautelares establecerá la suspensión inmediata de los hechos materia de la misma, otorgando un plazo no mayor a 48 horas para que los sujetos obligados la atiendan, considerando la naturaleza del acto. Tratándose de materiales que se difundan en radio y televisión, se ordenará la suspensión en un plazo no mayor de 24 horas, contado a partir de la notificación del acuerdo correspondiente. La aplicación de una medida cautelar deberá notificarse a las partes.

Según se desprende de algunas resoluciones emitidas por la Sala Superior del TEPJF, puede decirse de manera amplia que los elementos a considerar por la autoridad administrativa electoral para emitir su pronunciamiento respecto a la solicitud de medidas cautelares, son los siguientes:

- Verificar si existe el derecho cuya tutela se pretende.
- Justificar el temor fundado de que ante la espera del dictado de la resolución definitiva, desaparezca la materia de controversia.
- Ponderar los valores y bienes jurídicos en conflicto, y justificar la idoneidad, razonabilidad y proporcionalidad de dicha medida.
- Fundar y motivar si la difusión atinente trasciende los límites que reconoce la libertad de expresión y si presumiblemente se ubica en el ámbito de lo ilícito, atendiendo al contexto en que se produce.

De acuerdo con diversos criterios jurisdiccionales, la Sala Superior del TEPJF estima que solo se pueden proteger por medidas cautelares aquéllos

casos en los que se acredita la temeridad o actuar indebido de quien con esa conducta ha forzado la instauración de un procedimiento. La fundamentación y motivación de este tipo de providencias debe satisfacer las condiciones a las que se encuentra sujeto su pronunciamiento, es decir:

- La probable violación a un derecho del cual se pide la tutela en el proceso.
- El temor fundado de que mientras llega la tutela jurídica efectiva, desaparezcan las circunstancias de hecho necesarias para alcanzar una decisión sobre el derecho o bien jurídico cuya restitución se reclama (*periculum in mora*).²⁷

Basada en la doctrina de la apariencia del buen derecho, unida al elemento del peligro de demora, la fundamentación de las medidas cautelares apunta a una credibilidad objetiva y seria sobre la juridicidad del derecho que se pide proteger, a fin de descartar que se trate de una pretensión manifiestamente infundada, temeraria o cuestionable. Esta situación obliga de manera indefectible a realizar una evaluación preliminar en torno a la justificación de las respectivas posiciones enfrentadas. Aun tratándose de una autoridad administrativa como el IFE, la determinación de una medida cautelar debe examinar la probable afectación del derecho y su posible frustración o inminente irreparabilidad. Si del análisis previo resulta la existencia de un derecho, en apariencia reconocido legalmente, y la correlativa falta de justificación de la conducta reprochada, se torna patente la afectación que se ocasionaría por el peligro en la demora.

V. LA APARIENCIA DEL BUEN DERECHO COMO PRESUPUESTO PARA LA DECLARACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

Dentro de los sistemas jurídicos modernos la justicia cautelar ocupa un sitio importante, a grado tal de considerar que de su eficiencia dependerá la posibilidad de ejecutar la sentencia de fondo. Esto trae como consecuencia que criterios jurisprudenciales se ocupen con cierto detalle de elementos como: la apariencia del buen derecho y el peligro de demora.

²⁷ Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Expediente SUP-RAP-96/2013, en: http://www.te.gob.mx/Informacion_juridiccional/sesion_publica/ejecutoria/sentencias/SUP-RAP-0096-2013.pdf (consultada el 21 de septiembre de 2013).

Toda medida cautelar exige un preventivo cálculo de probabilidad sobre el peligro en la dilación, que no puede separarse de otro cálculo preventivo sobre la existencia del derecho cuya tutela se solicita a los tribunales. Si toda medida cautelar descansa en los principios de verosimilitud o apariencia del derecho y el peligro de demora, el juez o autoridad correspondiente debe realizar un análisis anticipado a resolver el fondo del asunto, sin perjuicio de que dicha apreciación resulte equivocada al momento de dictar la resolución definitiva.²⁸

Determinar la aplicación de una medida cautelar suele permitir un vistazo provisional al fondo del asunto. En materia electoral esta clase de medida es la pretensión que se sigue mediante un procedimiento administrativo ante el Instituto Federal Electoral. De cualquier modo, es una institución moderna que permite resolver los problemas derivados de la tardanza, lentitud o ineficiencia de los procesos. Por tal motivo, deben determinarse y calificarse con una visión interpretativa flexible y contemporánea.

Sin prejuzgar sobre la certeza del derecho, si del análisis previo resulta en apariencia un derecho reconocido legalmente de quien sufre la lesión o el riesgo de un daño inminente, así como la correlativa falta de justificación de la conducta reprochada, la medida cautelar puede ser acordada. Según la naturaleza de estas medidas, se erigen en torno a paliar de forma precautoria el tiempo que emplean los tribunales en resolver el conflicto planteado ante ellos, con la finalidad de no hacer ilusorio el cumplimiento de la eventual sentencia. Tratándose de la materia electoral, el procedimiento administrativo previsto permite al IFE resolver de forma sumaria la solicitud.

De acuerdo con la exigencia de la fundamentación y motivación, la autoridad debe expresar las razones por las que declara procedente una medida cautelar. Principio básico es que toda medida cautelar debe estar prevista en la ley, en la que se especificarán los casos concretos en que pueden otorgarse y las condiciones en que se justifiquen, por lo mismo, el juez o la autoridad a quien se soliciten deberá hacer un análisis de la apariencia del buen derecho, que consiste en una credibilidad objetiva, seria y probada, descartando una pretensión manifiestamente infundada, temeraria o cuestionable, lo que se logra a través de un conocimiento

²⁸ Manríquez García, Carlos, “La apariencia del buen derecho en el juicio de amparo mexicano”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm.10, 2002, p. 157.

provisional dirigido a motivar una decisión de mera probabilidad respecto de la existencia del derecho discutido en el proceso.²⁹

Para el otorgamiento de una medida cautelar coexisten requisitos legales y jurisprudenciales, son legales: que lo pida el agraviado; que no se irroque perjuicio al interés social, ni se contravengan disposiciones de orden público; que sean de imposible reparación. Son de naturaleza jurisprudencial: la apariencia del buen derecho; el peligro de demora; el interés suspensivo. Ahora bien, conforme a la lógica y los criterios jurisprudenciales, el orden de prelación es importante. La razón de hacerlo así obedece a que deben partir de un acto concreto de afectación que viole la esfera jurídica del solicitante y no de análisis abstractos de los hechos. Se trata de aportar, por lo menos, los elementos necesarios que acrediten que ese acto está dirigido hacia algún derecho aparente protegido por la norma, del que es titular el agraviado.

Valorar de manera correcta la aplicación de medidas cautelares implica dejar atrás conceptos de análisis desarrollados por criterios ya superados, tales como la negativa de asomarse al fondo del asunto. Hoy en día, ante la apariencia del buen derecho encontramos una posición fuerte respecto al interés individual, situación que obliga al juez o a la autoridad llevar a cabo un atinado ejercicio de ponderación. Frente a expresiones que en apariencia denigran o calumnian, el IFE tendrá que ser cuidadoso de disponer la aplicación de medidas cautelares a fin de lograr la armonía entre la libertad de expresión y otros derechos fundamentales, como el derecho a la información y el derecho a la vida privada.

Si la apariencia del buen derecho constituye un avance significativo, para asegurar su correcta aplicación se establece la obligación del juez de realizar un análisis ponderado entre la no afectación del interés social y del orden público. Figura reconocida por la ley y la jurisprudencia, la apariencia del buen derecho implica la posibilidad de los gobernados de lograr una pronta y eficaz protección frente a actos de la autoridad. En materia electoral comprende la capacidad de respuesta ágil y eficaz frente a actos de entidades de interés público o particulares, ya sean partidos políticos o candidatos.

²⁹ De Alba De Alba, José Manuel y Flores Muñoz, Mario César, “La apariencia del buen derecho en serio”, *Revista del Instituto de la Judicatura*, núm. 25, 2008, p. 52.

VI. EJERCICIO REFLEXIVO

En la recta final de una campaña electoral, las encuestas revelan una contienda muy cerrada que no permite pronosticar a un ganador. Uno de los candidatos obtiene información sobre el delicado y grave estado de salud del candidato opositor. Debido a lo reñido de la competencia, como estrategia de campaña, decide dar a conocer a la ciudadanía que cuenta con información sobre la crítica situación del candidato rival. Bajo su perspectiva, el elector tiene el derecho de conocer cuál es el estado físico de los aspirantes. Alegando su veracidad, la información se difunde con la intención de restarle votos al candidato de la oposición. En la propaganda política se invita a no sufragar por el aspirante enfermo, recomendando no desperdiciar el voto a favor de un candidato que no podrá desempeñar el cargo de elección. Se pone en duda, incluso, que tenga la suficiente salud para rendir la protesta correspondiente.

- ¿Se trata de un exceso en el ejercicio de la libertad de expresión?
- ¿Hasta dónde debe potencializarse la libertad de expresión y favorecerla con una interpretación extensiva?
- ¿Colisiona en realidad la libertad de expresión con el derecho a la vida privada del individuo agraviado?
- ¿Gozan la libertad de expresión y el derecho a la información de una posición preferente respecto del derecho a la vida privada?
- ¿Debe llevarse a cabo un ejercicio de ponderación para establecer la procedencia de una medida cautelar?
- ¿Da lugar a la aplicación de medidas cautelares si la información se difunde solo en la plaza pública sin acceder a los medios de comunicación?
- ¿Se justifica revelar el estado de salud de un candidato con el argumento de ofrecer información que permita el voto razonado?
- ¿Podría plantearse que los candidatos, por sí mismos, deben dar a conocer al ciudadano su estado de salud?

Todo proceso electoral entraña un régimen de libertad que permite un debate público abierto, informado y plural, el cual supone maximizar la libertad de expresión e información a fin de que la ciudadanía cuente con los elementos suficientes para emitir un voto razonado. En las campañas electorales es justificado utilizar un lenguaje fuerte y vehemente, pero se restringe aquel que sea innecesario y desproporcionado en relación con

los derechos a la imagen de los partidos y coaliciones, así como a la vida privada de los candidatos y en general de las personas; no es admisible la calumnia o la denigración.

Para colocar bajo supervisión de la opinión pública las actividades de los gobernantes, así como el comportamiento y antecedente de candidatos, llegan a utilizarse en el debate público ataques álgidos y en ocasiones desagradables. Sin embargo, este presupuesto no es de carácter absoluto, pues aún en sistemas políticos con amplios estándares democráticos se ha aceptado el criterio de que pueden imponerse límites razonables y justificables a la libertad de expresión, por tratarse de un derecho que coexiste a la par de otros como el de la vida privada, la salud pública o la moral.

Acorde con ello, las autoridades jurisdiccionales y en materia electoral las de carácter administrativo, pueden intervenir cuando exista duda fundada de que ciertas expresiones causen un daño a los derechos de terceros. Como no es posible hacerlo *ex ante* o *a priori*, la única manera adecuada de aplicar limitaciones a la libertad de expresión, si se quiere evitar la censura previa o caer en actitudes amenazantes, es la valoración de las particularidades del caso problemático. Según lo sostienen algunos tribunales, cuando la libertad de expresión no armoniza con otros posibles derechos o valores, dadas las especiales circunstancias del caso, es necesario proceder a una ponderación. No se trata de establecer cuál tiene mayor peso, sino de qué forma se logra hacerlos compatible.³⁰

Como principio *a priori*, los derechos fundamentales no prevalecen unos sobre otros. Entre los derechos a la intimidad, la libre expresión y la información, hay que encontrar el equilibrio, porque todos son de esencial y equivalente importancia. De no imponerse límites, cada uno tratará de anular al otro. Zannoni y Bísaro se refieren tanto a los límites internos como externos de la libertad de expresión. Los primeros están contenidos en la verdad y la actitud del informador hacia la verdad; los segundos, en el adecuado establecimiento de equilibrio con otros derechos fundamentales, como puede ser el caso del derecho a la privacidad o intimidad.³¹

Cuando hay derechos en tensión la SCJN ha señalado que debe examinarse la proporcionalidad y ponderarse los bienes jurídicos tutelados. Sin sacrificar la libertad de expresión o el derecho a la intimidad deberá

³⁰ Salazar Ugarte, Pedro y Gutiérrez Rivas, Rodrigo, *El derecho a la libertad de expresión...*, cit., p. 18.

³¹ Carpizo, Jorge, "Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características", cit., p. 26.

encontrarse la manera de armonizarlos en forma adecuada. Contrario a los que prefieren el exceso en el ejercicio de un derecho, las restricciones que se prevén en el marco legal y convencional admiten que puedan determinarse en función de un caso concreto. Ello implica que la autoridad electoral que deba determinarlos tendrá que ser cuidadosa de no afectar injustificada o arbitrariamente otras libertades. A pesar de la interpretación expansiva de los derechos humanos, las libertades no son absolutas.

Es cierto que la Sala Superior del TEPJF ha establecido que debe privilegiarse la interpretación de la libertad de expresión para evitar el riesgo de limitarla en forma indebida. Lo anterior no significa que la persona o institución objeto de una manifestación que no coincida con la opinión o afirmación del emisor deba tolerarla. Precisamente, en el modelo de comunicación que se busca en un Estado democrático se permite solicitar la aplicación de límites a esa clase de libertades. Por eso, de acuerdo al marco normativo de índole electoral, la aplicación de medidas cautelares tiene el propósito de hacer viable la aplicación de esas limitaciones.

Toda medida cautelar debe atender los supuestos que pudieran generar una afectación irreparable a los principios o valores protegidos en la Constitución y en la legislación electoral, afectando en la menor medida posible los principios orientadores del debate público en una sociedad democrática. De tal suerte, al disponer la aplicación de este tipo de providencias, tanto el IFE como el TEPJF deben tomar en cuenta los elementos que ofrecen una correcta fundamentación y motivación de la medida.

Aplicar el criterio de la apariencia del buen derecho a efecto de determinar la aplicación de una medida cautelar, requiere emitir argumentos y juicios objetivos que destaquen con claridad la finalidad y el alcance de un promocional. Si el contenido del mensaje denigra, calumnia o revela información que afecta la vida privada de las personas, sin estar inmerso en una crítica propia del debate público, ofrece razones suficientes para disponer como medida cautelar el retiro del mensaje o promocional.

Después de todo, la libertad de expresión no es absoluta y el establecimiento de límites puede llegar a fortalecerla. Corresponde a las autoridades electorales procurar la armonía entre la libertad de expresión, el derecho a la información y el derecho a la vida privada. Para tal propósito es menester desarrollar una interpretación flexible y moderna de la apariencia del buen derecho. De eso puede depender la correcta y oportuna aplicación de las medidas cautelares.

VII. CONSIDERACIÓN FINAL

En materia electoral las medidas cautelares constituyen un fin en sí mismas. A diferencia de otras disciplinas, su condición accesorio es relativa pues representan el propósito mismo de un procedimiento especial previsto en el Reglamento de Quejas y Denuncias del Instituto Federal Electoral. Determinadas por el Consejo General o la Comisión de Quejas y Denuncias del IFE, significan un modo de hacer efectivos los límites a la libertad de expresión. De condición procedimental, se fundamentan y motivan en la apariencia del buen derecho y el peligro de demora. Institución moderna que hace a un lado la aplicación de criterios tradicionales y se apoya en la interpretación extensiva de los derechos fundamentales, puede lograrse a través de ellas la armonía entre la libertad de expresión, el derecho a la información y el derecho a la vida privada.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- CARBONELL, Miguel, *La libertad de expresión en materia electoral*, México, Tribunal Federal del Poder Judicial de la Federación, 2008.
- CRESPO, José Antonio, “Modelo de comunicación y campañas negativas”, en ALCOCER, Jorge y CÓRDOVA, Lorenzo (comps.), *Democracia y reglas del juego*, México, Nuevo Horizonte Editores-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, “Regulación de campañas y libertad de expresión”, en ALCOCER, Jorge y CÓRDOVA, Lorenzo (comps.), *Democracia y reglas del juego*, México, Nuevo Horizonte Editores-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.
- ALBA DE ALBA, José Manuel de, *La apariencia del buen derecho en serio*, México, Porrúa, 2011.
- HURTADO GÓMEZ, Ignacio, *Libertad de expresión y equidad electoral: el caso de Iridia Salazar*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2011.
- MADRAZO LAJOUS, Alejandro, *Los límites de la libertad de expresión*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008.
- ROLDÁN XOPA, José, *Libertad de expresión y equidad: ¿la constitución contra sí misma?*, México, Tribunal Federal del Poder Judicial de la Federación, 2011.

- SALAZAR UGARTE, Pedro y GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo, *El derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la no discriminación*, México, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *La apariencia del buen derecho*, México, Themis, 1996.
- TEMKIN YEDWAB, Benjamín y SALAZAR ELENA, Rodrigo, *Libertad de expresión y campañas negativas*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2012.

Hemerografía

- ASTUDILLO, César, “La libertad de expresión en el contexto del modelo de comunicación político-electoral”, *Revista Mexicana de Derecho Electoral*, núm. 3, enero-junio de 2013.
- CARPIZO, Jorge, “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 25, julio-diciembre de 2011.
- DE ALBA DE ALBA, José Manuel y FLORES MUÑOZ, Mario César, “La apariencia del buen derecho en serio”, *Revista del Instituto de la Judicatura*, núm. 25, 2008.
- MANRÍQUEZ GARCÍA, Carlos, “La apariencia del buen derecho en el juicio de amparo mexicano”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 10, 2002.

Documentos oficiales

- Jurisprudencia 11/2008, “Libertad de expresión e información. Su maximización en el contexto del debate político.”, en *Gaceta Jurisprudencia y tesis en materia electoral*, año 2, núm. 3, 2009.
- Jurisprudencia 29/2002, “Derechos fundamentales de carácter político electoral. Su interpretación y correlativa aplicación no debe ser restrictiva”, *Compilación 1997 – 2010: jurisprudencia y tesis en materia electoral*, vol. 1, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2011.
- Tesis 196727, P/J 21/98, “Medidas cautelares. No constituyen actos privativos, por lo que para su imposición no rige la garantía de previa audiencia”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. VII, marzo de 1998.

Tesis jurisprudencial 26/2007, “Competencia auxiliar en el juicio de amparo. La presentación de la demanda de garantías ante un juez de primera instancia en donde no radica un juez de distrito no requiere que el acto reclamado sea de los contenidos en el artículo 39 de la ley de la materia”, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en: http://www.scjn.gob.mx/Primera_Sala/Tesis_Jurisprudenciales/TesisJurisprudenciales20071212.pdf (consultada el 18 de septiembre de 2013).

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Expediente SUP-RAP-96/2013, disponible en: http://www.te.gob.mx/Informacion_juridicacional/sesion_publica/executoria/sentencias/SUP-RAP-0096-2013.pdf (consultada 21 de septiembre de 2013).

Marco normativo

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención Americana de los Derechos Humanos.

Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.

Reglamento de Quejas y Denuncias del Instituto Federal Electoral.

Pacto Internacional de Derechos Cíviles y Políticos.

FENOMENOLOGÍA, PRESIDENCIALISMO MEXICANO Y FACULTADES METACONSTITUCIONALES

Daniel MÁRQUEZ

SUMARIO: I. *Presentación: ciencias sociales y fenomenología*. II. *La fenomenología y el contexto metodológico de El presidencialismo mexicano*. III. *Las facultades metaconstitucionales*. IV. *Eventos y procesos sociales del Pacto por México*. V. *Hacia la redefinición del presidencialismo mexicano*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

I. PRESENTACIÓN: CIENCIAS SOCIALES Y FENOMENOLOGÍA

A finales del siglo XIX surge la denominada “disputa por los métodos”, en el ámbito de la distinción entre “ciencias del espíritu” (*geistwissenschaften*) y “ciencias de la naturaleza” (*naturwissenschaften*), campo de debate en el que participaron el neokantismo, el historicismo, la hermenéutica, el empirismo y el positivismo. Posteriormente se agregarían a la disputa la fenomenología y la teoría crítica.¹ Lo anterior impacta en las ciencias sociales, sobre todo en la construcción de su objeto de conocimiento.

Este problema está presente en el derecho, por las críticas que le formula la sociología y la ciencia política, pero sobre todo por las inconsistencias que se advierten en los tres grandes referentes teóricos: ius-positivismo, ius-realismo e iusnaturalismo,² que impactan en el método aplicable al derecho.

¹ Garza Toledo, Enrique de la, “Introducción”, en Garza Toledo, Enrique de la y Leyva, Gustavo (coords.), *Tratado metodológico de las ciencias sociales: perspectivas actuales*, México, Fondo de Cultura Económica-UAM Iztapalapa, 2012, p. 20.

² Las inconsistencias impactan en el problema metodológico en el positivismo (normas sin seres humanos y el desprecio por la sociedad y la historia o lingüística acrítica), en el realismo la apelación acrítica a la tradición e historia como fuentes del fenómeno jurídico, por lo que cae en un burdo sociologismo, y en el derecho natural, el problema metafísico y la duplicidad de los órdenes de conocimiento.

Uno de los enfoques actuales para enfrentar el problema metodológico en las ciencias sociales es la fenomenología. Jochen Dreher, afirma que en lo que a problemática metodológica se refiere, es posible sostener que la reflexión fenomenológica ha sido sumamente productiva; particularmente si partimos del hecho de que la metodología de las ciencias sociales se concentra en la relación entre individuo y colectividad o sociedad, problemática planteada por el individualismo metodológico de Max Weber.³

Józef María Bochenski destaca dos rasgos fundamentales de la fenomenología: en primer lugar se trata de un método que consiste en describir el fenómeno, lo que se da inmediatamente; por otra parte, su objeto lo constituye la esencia, es decir, el contenido inteligible ideal de los fenómenos que es captado en visión inmediata: la intuición esencial (*wesensschau*).⁴

Según Adolf Reinach la fenomenología no es un sistema de proposiciones y verdades filosóficas —un sistema de proposiciones en las que deberían creer todos los que se denominaran fenomenólogos—, sino que es un método del filosofar, y que se aparta mucho del modo en que nos desenvolvemos y orientamos en la vida y, todavía más, del modo en que trabajamos y tenemos que trabajar en la mayoría de las ciencias.⁵

Pero, para aclarar el tema nos preguntamos: ¿qué es la fenomenología y en qué sentido Jorge Carpizo en su análisis de las facultades extraconstitucionales o metaconstitucionales del presidente de la república, elaborada en *El presidencialismo mexicano*, presenta ya una interacción con esa manera de filosofar?

Como primer paso clarificaremos la cuestión fenomenológica. Para Edmund Husserl, la fenomenología trascendental es una ciencia filosófica fundamental, puramente descriptiva y apriorística, que capta en sí el sistema general de las fuentes del conocimiento a partir del cual todas las ciencias deben derivar sus conceptos y proposiciones fundamentales y toda la fuerza de sus legitimidades últimas. Es filosofía primera por su vocación de otorgar unidad a todas las ciencias a partir de fundamentos últimos y en relación con principios últimos.⁶

³ Dreher, Jochen, “Fenomenología: Alfred Schütz y Thomas Luckmann”, en Garza Toledo, Enrique de la y Leyva, Gustavo (coords.), *Tratado metodológico de las ciencias sociales: perspectivas actuales*, cit., p. 96.

⁴ Bochenski, I. M., *La filosofía actual*, trad. de Eugenio Imaz, 2a. ed., esp., México, FCE, 1983, p. 150.

⁵ Reinach, Adolf, *Introducción a la fenomenología*, Madrid, Ediciones Encuentro, 1986, pp. 21 y 22.

⁶ Husserl, Edmund, *Las conferencias de Londres. Método y filosofía fenomenológicos*, Introducción. La finalidad general de la filosofía fenomenológica, Salamanca, Sígueme, 2012, p. 21.

Husserl destaca que para garantizar la pureza de todas las percepciones y de todas las descripciones no se debe perder de vista la regla inviolable de la “reducción fenomenológica” o *epogé* fenomenológica: la de poner fenomenológicamente “entre paréntesis”. Esto es: 1) por cada transición en la reflexión del yo (*factum* del mundo psicológico o psicofísico), debo impedir toda composición del ser real objetivo, y esto en toda dirección posible. Solo el vivenciar puro como hecho, eso que permanece sin discusión, igual cuando supongo que hay ningún mundo, eso es lo apodíctico: el “fenómeno” trascendental de la fenomenología; 2) pero no solo suspendo toda posición del ser del mundo y cualquier otra toma de posición judicativa en relación con él, más bien pongo en suspenso toda toma de posición general que quede en sí mismo como *cogito* en cuestión, solo él es conocido apodícticamente en la reflexión fenomenológica.⁷

Así, para llegar al fenómeno puro se debe “desconectar” inmediatamente todo lo que está puesto en general como existente, verdadero, legítimo; esto es, el fenomenólogo no debe cojuzgar, covalorar, etcétera. A esta interrupción de todas las tomas de posición que yacen en el *ego cogito* natural que se intenta purificar, la llamamos *epogé* fenomenológica. Si practico la *epogé*, la reflexión natural se convierte en reflexión fenomenológica y, especialmente, en la percepción fenomenológica, de la que emerge el *ego cogito* como hecho trascendental puro.

La evolución interna de la fenomenología a partir de una descripción puramente inmanente de los fenómenos de la conciencia, considerados según su esencia absolutamente propia, conduce a: 1) el todo de tal descripción se dirige a lo universal y a lo típico; 2) las descripciones puras son descripciones adecuadas de posibilidades y necesidades universales, cuyo valor es independiente de los ejemplos individuales; 3) las descripciones tienen el carácter de comprobaciones objetivas y apodícticas. Si tomamos el conocimiento que ha surgido; una lógica universal en tanto *mathesis universalis*, en tanto ciencia de los objetos y de las oraciones de las verdades en general, en este proceso “objeto” puede significar toda y cualquier cosa que pueda llegar a ser sustrato de una intuición verdadera.⁸

Al captar en cosas ejemplares, lo singular o múltiple, la universalidad esencial o “percepción general”, esto es, una percepción de la cosa en

⁷ *Ibidem*, Segunda conferencia, p. 43.

⁸ *Ibidem*, Segunda conferencia, pp. 58-59. Además, Husserl destaca que: “Un objeto es una cosa, un hombre, una asociación, un pueblo, una ciudad, un dato fenomenológico, un estado de cosas, una proposición, una verdad predicativa, un número, una “multiplicidad”, un género, en pocas palabras, todo y cualquier cosa que pueda considerarse como algo que es verdaderamente”.

general, captamos el *eidós* absoluto y la legitimidad *eidética*, que domina el universo de las posibilidades subordinadas. Se abre así una ciencia primera a partir de legitimidades absolutas, una ciencia que surge de evidencias adecuadas y apodícticas, una filosofía primera, ciencia *eidética*, campo infinito de descripción *eidética* sistemática de propiedades esenciales intuibles adecuada e inmediata y objetivamente comprobables, propiedades esenciales de una subjetividad trascendental en general, de su conciencia posible y de sus efectuaciones intencionales posibles, una fenomenología *apriórica* y universal en tanto ciencia de la subjetividad trascendental en general.⁹

En este sentido, Edmund Husserl destaca: “Una teoría del conocimiento verdaderamente fructífera dirigida a la aclaración real, impulsa necesariamente cada vez más lejos y coincide finalmente con la ciencia universal de la subjetividad trascendental, esto es, con la fenomenología”.¹⁰ Así, el subjetivismo trascendental aclara la posibilidad del uno para el otro, de una multiplicidad de egos absolutos en la forma necesaria de la animalidad y de un mundo constituido psicofísicamente. Con ello aclara, al mismo tiempo la posibilidad del conocimiento intersubjetivo, pero también la acción intersubjetiva, frente a toda acción personal en los actos sociales y, por tanto, frente a toda la cultura social.¹¹

Por lo anterior la fenomenología del conocimiento es ciencia de los fenómenos cognoscitivos en un doble sentido: por una parte, ciencia de los conocimientos como apariciones, manifestaciones, actos de conciencia en que se presentan, en que hace conscientes, pasiva o activamente, tal o cual objetualidad, y, por otra parte, ciencia de estas objetualidades mismas en cuanto se presentan de ese modo.¹²

En el aspecto metodológico, Józef María Bochenski destaca que el método fenomenológico no es ni deductivo ni empírico. Consiste en mostrar aquello que se halla presente y en esclarecer esto que se nos da. No explica mediante leyes ni deduce con base en principios, sino que ve, inmediatamente, lo que se halla ante la conciencia, su objeto. Por consiguiente tiene una tendencia orientada fundamentalmente a lo objetivo.

⁹ *Ibidem*, Segunda conferencia, pp. 62 y 63.

¹⁰ *Ibidem*, Tercera conferencia, p. 79. En original sólo están cursivas las frases: *Una teoría del conocimiento verdaderamente fructífera dirigida a la aclaración real*, impulsa necesariamente cada vez más lejos y coincide finalmente con la ciencia universal de la subjetividad trascendental, esto es, con la fenomenología.

¹¹ *Ibidem*, Tercera conferencia, p. 88.

¹² Husserl, Edmund, *La idea de la fenomenología*, int. y trad. de Jesús Adrián Escudero, Barcelona, Herder, 2011, pp. 72 y 73.

No le interesa el concepto subjetivo, tampoco una actividad del sujeto directamente (si bien esta actividad también puede convertirse en objeto de la investigación), sino de aquello que es sabido, dudado, amado, odiado, etcétera.¹³

Esta forma de análisis del fenómeno, en mi opinión está presente en la obra de Jorge Carpizo. En efecto, el análisis de *El presidencialismo mexicano*, muestra que es una obra en la que Jorge Carpizo construye una de sus aportaciones más significativas a las ciencias sociales mexicanas: la idea de “facultades extraconstitucionales” o “metaconstitucionales” del presidente de la República, fenómeno susceptible de cognición, que destaca el problema del método en el derecho; además permite articular “objetividad” (derecho) y “subjetividad” (política), vinculándolo con la intersubjetividad, esto es, con la cultura (lo social), lo que advierte la pertinencia de una lectura fenomenológica de esa obra.

La primera edición de *El presidencialismo mexicano* se publicó en 1978. A treinta y cinco años de distancia, la obra impacta en la construcción de categorías para el análisis de la realidad socio-jurídica y política del país. El análisis de las facultades metaconstitucionales del presidente de la República, muestra una vocación fenomenológica temprana, al vincular lo objetivo (la realidad y el contexto normativo) con lo subjetivo (la acción y la interpretación personal de esos elementos).

Sin embargo, una idea no es suficiente para fundamentar un análisis de un libro, por lo que debemos cuestionarnos: ¿cuál es la trascendencia del análisis de Jorge Carpizo del sistema presidencial mexicano en la obra destacada? La respuesta consiste en la integración “objetivo-subjetivo”, el fenómeno; por una parte, analiza las normas jurídicas, en la otra a los aspectos sociológicos, políticos y culturales que hacen del presidente de la República el referente político del país. Lo anterior muestra un proceso de fundamentación de las ciencias sociales mexicanas, en particular en el derecho constitucional, a partir de la explicación fenomenológica.

¿Por qué merece un análisis *El presidencialismo mexicano*? ¿Cuál es entonces la aportación de Jorge Carpizo a las ciencias sociales mexicanas? ¿Por qué la categoría de “facultades metaconstitucionales” merece un lugar en el método de las ciencias sociales mexicanas? En mi opinión, su importancia consiste en la inclusión de categorías sociales en el análisis jurídico, superando la visión reduccionista del positivismo, también porque, sin caer en excesos valorativos, muestra la tensión entre realidad y norma. Por lo anterior dedicaremos este trabajo al análisis de las implicaciones

¹³ Bochenski, I. M., *La filosofía actual*, p. 156.

de la idea de facultades metaconstitucionales para nuestro país, en el contexto de las aportaciones de la metodología fenomenológica y las reflexiones socio-políticas que extraemos del llamado “Pacto por México”.

II. LA FENOMENOLOGÍA Y EL CONTEXTO METODOLÓGICO DE *EL PRESIDENCIALISMO MEXICANO*

El desarrollo de la fenomenología en el campo de las ciencias sociales, continúa con Alfred Schütz y Thomas Luckmann, se concentraron específicamente en elaborar desde la reflexión metodológica, el campo problemático de tensión entre la subjetividad del actor individual y la colectividad o la sociedad.¹⁴

A nosotros nos interesan las reflexiones de Alfred Schütz, quien destaca: el mundo social, en todas sus facetas, es un cosmos muy complicado de actividades humanas, siempre podemos volver al “hombre olvidado” de las ciencias sociales, al actor del mundo social cuyas acciones y sentimientos están en la base de todo el sistema. Procuramos entonces, comprenderlo en sus acciones y sus sentimientos, y comprender el estado de ánimo que lo indujo a adoptar actitudes específicas hacia su ambiente social.¹⁵

Por lo anterior, según Alfred Schütz, el postulado básico de la metodología de las ciencias sociales debe ser el siguiente: elegir el esquema de referencia adecuado al problema que nos interesa, examinar sus límites y posibilidades, hacer que sus términos sean compatibles y coherentes entre sí y, una vez aceptado, atenerse a él.¹⁶

El autor destaca que para una teoría de la acción, sin embargo, el punto de vista subjetivo debe ser mantenido con todo vigor, ya que de lo contrario tal teoría pierde su cimiento básico: el elemento que remite al mundo de la vida y la experiencia cotidiana.¹⁷ Sobre el mundo de la vida, Jochen Dreher, destaca: Schütz define el *mundo de la vida cotidiana* como la realidad experimentada dentro de la actitud natural por un adulto alerta

¹⁴ Dreher, Jochen, “Fenomenología: Alfred Schütz y Thomas Luckmann”, en Garza Toledo, Enrique de la y Leyva, Gustavo (coords.), *Tratado metodológico de las ciencias sociales: perspectivas actuales*, cit., p. 96.

¹⁵ Schütz, Alfred, *Estudios sobre teoría social*, “Primera parte: Teoría pura”, trad. de Néstor Míguez, 2a. ed., Buenos Aires, Amorrortu, 2012, p. 22.

¹⁶ *Ibidem*, p. 23.

¹⁷ *Idem*.

que actúa entre y sobre ese mundo, y entre los demás seres humanos. La “actitud natural” es el estado de conciencia en el cual se acepta la “realidad de la vida cotidiana” como dada.¹⁸

En los aspectos metodológicos, destaca que quien desee convertirse en político debe decidirse a colocar en el centro de este mundo a otro: la persona observada. Así, el investigador reemplaza a los seres humanos que observa como actores en el escenario social por títeres que él ha creado y manipula, estos títeres son los “tipos ideales” de Max Weber. Así, observa que ciertos sucesos son causados por la actividad humana y establece un tipo con esos procedimientos. Coordina estos actos típicos con actores típicos, y termina construyendo tipos ideales personales a los que imagina dotados de conciencia, el tipo es un modelo de la mente consciente. Frente al problema de las diferencias entre el “modelo del títere” y el mundo real, destaca que lo que cuenta es el punto de vista del científico que contempla el mundo social, porque define el marco de la perspectiva general en que el sector elegido del mundo social se presenta al observador científico tanto como a la conciencia ficticia del muñeco típico. Así un problema científico responde a una doble función: *a)* determina los límites dentro de los cuales se hacen significativas para la investigación ciertas proposiciones posibles de modo tal que crea el dominio del objeto de estudio científico dentro del cual deben ser compatibles todos los conceptos, y *b)* crea un esquema de referencia para la construcción de todos los tipos ideales que pueden ser utilizados como significativos.¹⁹

Por lo anterior, el autor señala que en un sistema teórico solo se admiten tipos racionales puros, por lo anterior, para él, en todas las ciencias sociales que se han desarrollado hasta la etapa teórica, existe una hipótesis fundamental que define los campos de investigación y ofrece el principio regulador para construir el sistema de tipos ideales.²⁰

Lo anterior se podría aplicar de manera clara a las reflexiones de Jorge Carpizo, en donde está presente el jurista que entiende los límites de su ciencia, lo que le permite afirmar: “El derecho constitucional es el reflejo de una época y del estilo de vida que lleva una nación. Los problemas que examina el derecho constitucional son problemas de poder; son, en última instancia, cuestiones políticas que deben encauzarse dentro de los

¹⁸ Dreher, Jochen, “Fenomenología: Alfred Schütz y Thomas Luckmann”, en Garza Toledo, Enrique de la y Leyva, Gustavo (coords.), *Tratado metodológico de las ciencias sociales: perspectivas actuales*, cit., p. 101. En cursivas en el original.

¹⁹ Schütz, Alfred, *Estudios sobre teoría social*, “Primera parte: El problema de la racionalidad en el mundo social”, pp. 85-87.

²⁰ *Ibidem*, p. 90.

marcos del orden jurídico”.²¹ Con lo anterior Jorge Carpizo vincula su reflexión jurídica al mundo de la vida cotidiana en el que actúa.

En este sentido, las ideas de Edmund Husserl y Alfred Schütz, sirven de marco hermenéutico para destacar que *El presidencialismo mexicano* muestra a un jurista que comprende el papel metodológico en la construcción de las categorías que explican la realidad social, parte de un marco referencial: el derecho constitucional y un elemento correctivo representado por la realidad política del país, destacando la actividad del titular del Ejecutivo Federal fuera de las normas, lo que le permite contrastar “objetividad” (norma) y “subjetividad” (acción individual) con la intersubjetividad (realidad social), para generar un concepto de orden teórico: la idea de “facultades metaconstitucionales”.

En 1978 Jorge Carpizo sostiene:

Escogí como tema de este ensayo el sistema presidencial mexicano porque su existencia constituye, con la de un partido político predominante, una de las dos piezas más importantes del sistema político mexicano, el que, con todos sus defectos, vicios e injusticias, ha dado a nuestro país decenios de estabilidad política, un gobierno civil, cierto número de libertades y algunas posibilidades para la realización personal.²²

Con lo anterior, frente al objetivismo dogmático que se limita al análisis normativo de corte positivista, surge un proceso que ha sido poco estudiado en el campo del derecho: el valor del subjetivismo en la construcción de las categorías socio-normativas.

Así, al destacar el objetivo de su análisis, Jorge Carpizo sostenía que había querido esbozar un panorama general de qué es el presidencialismo mexicano, cuáles son las facultades constitucionales y metaconstitucionales del presidente, cómo se ejercen éstas, y, a pesar de su gran poder, las limitaciones que el titular del Ejecutivo encuentra frente a sí, es decir, aquello que no puede realizar el presidente, aunque quiera.²³ Por lo anterior, destaca que la metodología que siguió fue: *descripción de la norma jurídica, de sus antecedentes y confrontación de ella con la realidad en que se aplica*.²⁴

²¹ Carpizo, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, 19a. ed. (al cuidado del autor), México, Siglo XXI, 2006. A manera de prólogo, p. 11. Por eso, Jorge Carpizo destaca que el derecho constitucional requiere del auxilio de la teoría general del derecho, de la ciencia política, de la sociología, de la historia y de la economía.

²² *Ibidem*, p. 9.

²³ *Idem*.

²⁴ *Ibidem*, p. 11.

Esta apelación al realismo muestra el porqué de nuestra decisión metodológica: analizar el trabajo de Jorge Carpizo apoyándonos en las reflexiones fenomenológicas de Husserl y Schütz, *El presidencialismo mexicano* es un documento en donde están presentes fuertes reflexiones jurídicas en torno al presidente de la República, pero también se abordan amplios ejemplos de la política mexicana, que permiten advertir las confrontaciones estructurales entre norma jurídica y realidad o, como lo sostendrían otros, las tensiones entre facticidad y validez.

En lo que se refiere al poder y su justificación normativa, Max Weber destaca:

Hay ley cuando existe la posibilidad de mantener un orden mediante un conjunto específico de hombres que aplicarán la coacción física o psíquica con el objeto de lograr una aceptación del orden o de sancionar su transgresión. El reparto de poder, económico y de otra clase, depende directamente del ordenamiento legal que existe en la comunidad. Esto es aplicable no sólo al Estado sino a todos los órdenes legales. En términos generales entendemos por “poder” la posibilidad de que una persona, o varias, realicen su propia voluntad en una acción en común, aún contra la oposición de otros participantes en la acción.²⁵

En este sentido, a través de sus argumentos, Jorge Carpizo nos muestra el aparato jurídico que arropa a esta fracción del “poder” mexicano y las “facultades” extra constitucionales con las cuales se le reviste. Además, nosotros destacamos la paradoja: en un país de leyes, nadie cuestiona que un servidor público investido de autoridad legal puede actuar más allá del marco constitucional. Lo anterior nos lleva al análisis de la construcción que realiza Jorge Carpizo de las facultades metaconstitucionales, donde se muestra de manera “real”, la acción de poder ejecutivo en la sociedad mexicana.

III. LAS FACULTADES METACONSTITUCIONALES

La metodología de las ciencias sociales se encuentra en continua transformación. Una gran parte de los filósofos y epistemólogos consideran que

²⁵ Weber, Max, *Estructuras de poder*, trad. de Rufino Arar, México, Coyoacán, 2004, p. 45.

cualquier proceso de adquisición y construcción del conocimiento, incluso el conocimiento mismo, depende del contexto histórico, social, cultural, tecnológico, económico, político y hasta ético en el que los agentes lo producen.²⁶

Hablar de presidencialismo es referirse a un contexto histórico, social, cultural, económico, político y ético. Desde el punto de vista formal, Giovanni Sartori destaca que un sistema político es presidencial, si y sólo si, el jefe de Estado (el presidente): *a*) es electo popularmente; *b*) no puede ser despedido del cargo por una votación del parlamento o Congreso durante el periodo preestablecido, y *c*) encabeza o dirige de alguna forma el gobierno que designa.²⁷

En este contexto, después de revisar diversas opiniones, Jorge Carpizo destaca que la manera más clara de captar las características que configuran al sistema presidencial es contrastando sus notas con las del sistema parlamentario,²⁸ lo anterior se resume en el cuadro siguiente:

<i>Sistema parlamentario</i>	<i>Sistema presidencial</i>
a) Los miembros del gabinete (gobierno, poder ejecutivo) son también miembros del parlamento (poder legislativo)	a) El Poder Ejecutivo es unitario. Está depositado en un presidente que, es al mismo tiempo, jefe de Estado y jefe de gobierno.
b) El gabinete está integrado por los jefes del partido mayoritario o por los jefes de los partidos que por coalición forman mayoría parlamentaria.	b) El presidente es electo por el pueblo y no por el Poder Legislativo, lo que le da independencia frente a éste.
c) El Poder Ejecutivo es doble: existe un jefe de estado que tiene funciones de representación y protocolo, y un jefe de gobierno que es quien lleva la administración y el gobierno mismo.	c) El presidente nombra y remueve libremente a los secretarios de estado.
d) En el gabinete existe una persona que tiene supremacía y a quien se le suele denominar primer ministro.	d) Ni el presidente ni los secretarios de Estado son políticamente responsables ante el Congreso.

²⁶ Ursua, Nicanor *et al.* *Filosofía crítica de las ciencias humanas y sociales. Historia, metodología y fundamentación científica*, México, Coyoacán, 2005, p. 20.

²⁷ Sartori, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada*, 3a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2010, p. 99.

²⁸ Carpizo, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, cit., pp. 13 y 14.

<i>Sistema parlamentario</i>	<i>Sistema presidencial</i>
e) El gabinete subsistirá, siempre y cuando cuente con el apoyo de la mayoría parlamentaria.	e) Ni el presidente ni los secretarios de Estado pueden ser miembros del Congreso.
f) La administración pública está encomendada al gabinete, pero éste se encuentra sometido a la constante supervisión del parlamento.	f) El presidente puede estar afiliado a un partido político diferente al de la mayoría del Congreso.
g) El parlamento puede exigir responsabilidad política al gobierno.	g) El presidente no puede disolver el congreso, pero el Congreso no puede darle un voto de censura.
h) El parlamento puede negar el voto de confianza u otorgar un voto de censura.	
i) El gobierno puede pedir al jefe de Estado la disolución del parlamento.	

Después de abordar los aspectos que permiten el predominio del poder Ejecutivo en los sistemas políticos, Jorge Carpizo menciona las causas de ese predominio en México, entre las que destaca: *a)* el debilitamiento del Poder Legislativo; *b)* la integración de la Suprema Corte de Justicia por elementos políticos que no se oponen a los asuntos en los que el presidente tiene interés; *c)* la marcada influencia en la economía a través de mecanismos como el banco central, de los organismos descentralizados y las empresas de participación estatal, así como las amplias facultades en materia económica; *d)* la institucionalización del ejército, cuyos jefes dependen de él; *e)* la fuerte influencia en la opinión pública a través de los controles y facultades que tiene respecto a los medios masivos de comunicación; *f)* la concentración de recursos económicos en la federación, específicamente en el Ejecutivo; *g)* las amplias facultades constitucionales y extraconstitucionales, como son la facultad de designar a su sucesor y a los gobernadores de las entidades federativas, la determinación de todos los aspectos internacionales en los cuales interviene el país, sin que exista ningún freno en el Senado; *h)* el gobierno directo de la región más importante del país: el Distrito Federal, e *i)* un elemento psicológico, que en lo general se acepta su papel preponderante sin cuestionarlo.²⁹

²⁹ Carpizo, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, cit., pp. 19 y ss., 25 y 26.

Como se advierte, el método realista y la apelación a ejemplos vitales están presentes en el análisis del presidencialismo que realiza Jorge Carpizo. Por supuesto, esta fotografía del sistema presidencial ha variado, los eventos actuales muestran un intento del legislativo por fortalecer su labor; advertimos la emergencia de “órganos autónomos”³⁰ que “debilitan” las amplias facultades que antes de la década de los noventa del siglo XX se asignaban al Poder Ejecutivo; tampoco gobierna el Distrito Federal, aunque mantiene algunas facultades que ejerce en esa entidad federativa, e incluso se debate la posibilidad de una “reforma política” al Distrito Federal para otorgar una “Constitución”, y las posibilidades de designar a su sucesor están acotadas, etcétera.

Lo anterior no lo desconoce Jorge Carpizo, en la “Nota a la decimo-sexta edición”, escrita en 2002, sostiene:

Múltiples afirmaciones contenidas en esta obra han sido superadas porque México ha evolucionado profundamente en ese periodo desde los más diversos ángulos: el político, el social, el económico, el jurídico, el cultural. No todos los cambios han sido positivos. Por desgracia, en el aspecto social se encuentran retrocesos muy preocupantes como el incremento en la concentración de la riqueza, la profundización de la desigualdad social y el crecimiento del número de pobres.³¹

Además, en los apéndices 1 y 2, con títulos: “Algunas reflexiones sobre los cambios en el presidencialismo mexicano (1978-1990)” y “Veintidós años de presidencialismo mexicano: 1978-2000. Una recapitulación”, destaca los cambios que impactan en nuestro país en esos periodos. En el primer apéndice, Jorge Carpizo señala:

En 1978 se publicó la primera edición de *El presidencialismo mexicano*. En ese libro traté de manifestar qué era esa institución jurídico-política en México y cuáles eran las características que la definían. Doce años después, muchas de mis afirmaciones no son completamente válidas porque esa institución ha cambiado, y ha cambiado porque en esos años México, como país, y la sociedad mexicana se han modificado grandemente. El México de 1990 fue muy diferente del de 1978.³²

³⁰ Lo entrecomillo porque creo que debe debatirse previamente la idea de “autonomía” en un sistema jurídico piramidal, en donde la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es “ley suprema de toda la unión”.

³¹ Carpizo, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, cit., p. 7.

³² *Ibidem*, p. 231.

Así, afirma que los principales factores que contribuyen al “cambio vertiginoso” del presidencialismo mexicano son: *a)* las transformaciones profundas que ha tenido la sociedad mexicana; *b)* las crisis económicas de los últimos años; *c)* un factor psicológico: la ruptura del tabú de que no se debía criticar al presidente de la república; *d)* el fortalecimiento de los poderes legislativo y judicial federales; *e)* la influencia más intensa de los grupos de presión; *f)* el paso de un sistema de partido predominante a uno pluripartidista; *g)* las frecuentes e intensas manifestaciones de malestar popular; *h)* las reformas políticas promovidas desde la cúpula política, especialmente en los últimos años, e *i)* una serie de factores internacionales.³³

En el segundo apéndice, Jorge Carpizo contrasta las once causas que enunció en 1978, para estructurar al presidencialismo mexicano, con la realidad del momento 2002: el presidente como jefe del partido que fue predominante: *a)* el sistema de partido predominante no existe más, tenemos un sistema tripartito de partidos políticos; *b)* esos grandes partidos tienen problemas internos, por lo que es muy difícil saber cómo van a evolucionar esos partidos; *c)* a partir del 2 de julio de 2000 el presidente de la República ya no es el jefe del PRI. El fortalecimiento de los poderes Legislativo y Judicial, en donde afirma principalmente la integración del Congreso sin mayorías y la función de tribunal constitucional que ejerce la Suprema Corte de Justicia. Facultades económicas, el ejército y los medios de comunicación, donde destaca la disminución de las facultades del Ejecutivo en materia económica; la presencia de un banco central autónomo; la privatización de organismos descentralizados, empresas públicas y del sistema bancario; la mayor libertad de actuación de las leyes del mercado; integración de algunos sectores a la economía norteamericana; mayor participación en la economía de capitales extranjeros; en el caso del ejército destaca su respeto a la Constitución, a la autoridad civil y a su jefe supremo; las funciones del ejército se discuten públicamente; en el caso de los medios de comunicación señala que en muchos casos la influencia del Poder Ejecutivo es nula. Sistema federal, facultades metaconstitucionales y aspectos internacionales, y el gobierno del Distrito Federal y aspectos psicológicos.

Las delimitaciones “realistas” son amplias, frente a la cuestión normativa aparece como elemento correctivo la realidad del sistema político mexicano. No deseamos escribir una reseña del libro, nos interesa mostrar de qué manera la categoría de “facultades extraconstitucionales” o

³³ *Ibidem*, p. 136.

“metaconstitucionales”, constituye un elemento que desde el punto de vista metodológico avizora la inclusión de la fenomenología en las ciencias sociales mexicanas.

Al abordar el tema de las facultades metaconstitucionales del presidente, Jorge Carpizo destaca, que el hecho de ser jefe real del PRI, otorga al presidente una serie de facultades situadas más allá del marco constitucional, como son: la designación de su sucesor, el nombramiento de los gobernadores, los senadores, de la mayoría de los diputados, de los principales presidente municipales; por ser el PRI un partido predominante y semioficial integrado por sectores, le da al presidente control sobre las principales organizaciones obreras, campesinas, profesionales y de diversa índole —populares, en la jerga del partido— que representan, cuando menos hasta ahora, las organizaciones más fuertes de México.³⁴

En lo que se refiere a la facultad metaconstitucional de “designar a su sucesor”, Jorge Carpizo destaca que redundante en una función del presidente más allá de la normativa constitucional: es el gran elector de su sucesor, sin que nadie lo dude, pero es más, ni siquiera se le critica. Todo hace suponer que se acepta esta prerrogativa del presidente de la República, sin que sea posible decir cuál será el desarrollo de esa función presidencial o hasta cuándo estas *reglas del juego* van a funcionar.³⁵

En lo que se refiere a la designación y remoción de los gobernadores, Jorge Carpizo señala que el presidente es quien decide en última instancia sobre la designación de los gobernadores, y cita como apoyo el testimonio de Braulio Maldonado, exgobernador de Baja California, quien sostuvo que fue electo por decisión de su amigo, el expresidente Adolfo Ruiz Cortines.³⁶ También sostiene que el presidente remueve a los gobernadores que le molestan o que por algún motivo no desea que continúen en el cargo. Los medios que utiliza son desde insinuar la presentación de la renuncia —como en el caso del gobernador de Sonora Armando Briebich en 1975— hasta la declaración de desaparición de poderes en la entidad federativa.³⁷

Un problema de las construcciones conceptuales, es el contenido que se les asigna. En el caso de las facultades metaconstitucionales, Jorge Carpizo destaca entre ellas: 1) jefatura real del PRI; 2) designación de su sucesor; 3) designación de los gobernadores, y 4) remoción de los gober-

³⁴ *Ibidem*, p. 191.

³⁵ *Ibidem*, p. 197.

³⁶ *Idem*.

³⁷ Carpizo, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, cit., p. 196.

nadores.³⁸ No obstante, el propio Jorge Carpizo destacó en 2002 al glosar las facultades constitucionales y extraconstitucionales, que el presidente de la república:

- a) Conserva sus amplias facultades constitucionales, las cuales ya comienzan a encontrar un equilibrio con el fortalecimiento de los poderes legislativo y judicial federales, así como el fortalecimiento del régimen federal.
- b) Sus principales facultades metaconstitucionales también se han alterado o de plano ya no existen.

Con la elección del 2 de julio de 2000 se pulverizó uno de los poderes más grandes del presidencialismo mexicano: la designación del sucesor; facultad que se había convertido en un sistema de engaños y mentiras, y que, en términos generales resultó nefasto para México.

- c) El nombramiento de los gobernadores también comenzó a modificarse cuando, en 1989, se reconoció por primera vez que un partido de oposición, el PAN, había logrado el triunfo en la gubernatura del estado de Baja California. Cada día más gubernaturas son detentadas por el propio PAN y PRD.

El presidente de la república había conservado la decisión acerca de las candidaturas del PRI a las gubernaturas. Es muy probable que a partir de las mencionadas elecciones del 2 de julio, lo anterior también pase al museo de las prácticas políticas; es difícil imaginar que el PAN vaya a aceptar que el presidente de la república herede esa facultad...

- d) El nuevo sistema presidencial, en una buena parte, se va a determinar por el régimen de partidos políticos que termine por configurarse en nuestro país, y por una asignatura todavía pendiente: la democracia interna en los propios partidos.³⁹

Con lo anterior podría pensarse que esta reflexión es inútil, porque el propio Jorge Carpizo envió al museo conceptual su idea de las “facultades metaconstitucionales”. No obstante, eso puede ser engañoso. La elección de Enrique Peña Nieto como presidente de la República, muestra cómo es posible reconstruir facultades que exceden el marco constitucional, entre ellas, su incorporación al Consejo Político Nacional y la Comisión Política

³⁸ Carpizo, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, pp. 190-199.

³⁹ *Ibidem*, pp. 256-257.

Permanente de su partido, lo que se interpreta como el regreso del presidencialismo.⁴⁰

Del análisis de los Estatutos del PRI, podemos advertir que el artículo 70 en su fracción I, destaca: *El Consejo Político Nacional estará integrado por: I. El Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de filiación priísta.*

Por su parte, el artículo 82, en sus fracciones I y IV, establece que: *El Presidente del Consejo Político Nacional tendrá las atribuciones siguientes: I. Presidir las sesiones del Consejo Político Nacional y IV. Presidir la Comisión Política Permanente.* El artículo 83 prescribe que: La Comisión Política Permanente es el órgano de dirección colegiada del Partido, encargado de emitir actos intrapartidarios diversos a los asignados al Consejo Político Nacional. Estará integrada, entre otros, por el presidente de los Estados Unidos Mexicanos de filiación priísta. Además, en el artículo 81, fracción XII, relacionado con las atribuciones del Consejo Político Nacional, destaca entre ellas:

XII. Seleccionar el procedimiento estatutario a que se refiere el artículo 181, para la postulación de los candidatos a cargos federales de elección popular y autorizar al Comité Ejecutivo Nacional para la expedición de las convocatorias respectivas. Por su parte, el artículo 181 prescribe: Artículo 181. Los procedimientos para la postulación de candidatos son los siguientes: I. Elección directa, II. Convención de delegados. Tratándose de ciudadanos simpatizantes, la participación en el procedimiento de postulación se llevará a cabo en los términos de lo dispuesto por el último párrafo del artículo 166 de los presentes estatutos. En las elecciones municipales se contemplará, además, el método de usos y costumbres, donde tradicionalmente se aplica.

⁴⁰ Sobre este punto las opiniones son encontradas: algunas voces consideran que la decisión del Partido Revolucionario Institucional (PRI) de integrar al Presidente de la República, de filiación priísta, a su órgano superior de dirección partidista, el Consejo Político Nacional, en la 21 Asamblea Nacional del PRI, el 3 de marzo de 2013, es evidencia del regreso del PRI autoritario. “No hay intocables: Peña Nieto, jefe máximo del tricolor”, *La Jornada*, 4 de marzo de 2013, <http://www.jornada.unam.mx/2013/03/04/politica/002n1pol> (consultada el 22 de agosto de 2013). En otra vertiente, César Camacho, presidente del PRI, destaca en entrevista: ¿No se puede hablar del Presidente de jefe máximo de partido? En absoluto. El presidente del partido y del Consejo Político y de la Comisión Política Permanente es el que encabeza estos órganos de deliberación. Y si algo nos dejó, entre muchos saldos, esta docena de no haber tenido la Presidencia es procesar las decisiones de manera horizontal. “Enrique Peña Nieto no es el jefe máximo del PRI, aclara César Camacho Quiroz”, *La Jornada*, 7 de marzo de 2013, <http://www.jornada.unam.mx/2013/03/07/politica/019n1pol> (consultada el 22 de agosto de 2013).

Por último, el 166 se refiere a los requisitos que debe cumplir un militante del PRI para ser postulado como candidato a un puesto de elección popular. El párrafo final de ese precepto destaca:

Conforme a lo dispuesto en la ley de la materia, la Comisión Política Permanente, podrá aprobar la participación en el proceso de la postulación de candidatos al Congreso de la Unión, a gobernadores y Jefe de Gobierno del Distrito Federal, a ciudadanos simpatizantes, cuando su prestigio, fama pública, además de los estudios demoscópicos, señalen que se encuentran en un nivel de reconocimiento y aceptación superior al de los militantes que aspiren al mismo cargo. En tratándose de ciudadanos simpatizantes que aspiren a Diputados Locales, Asambleístas, Ayuntamientos y Jefes Delegacionales, el acuerdo lo emitirá el Consejo Político Estatal o del Distrito Federal según corresponda, con autorización del Comité Ejecutivo Nacional. El Reglamento para la Elección de Dirigentes y postulación de Candidatos precisará los procedimientos a seguir.

Como se advierte, la reforma a los estatutos del PRI posibilita la intervención del presidente de la República, como cuadro distinguido o militante, en su partido. Además, su incorporación al Consejo Político Nacional es una herramienta jurídica que le permite intervenir en el nombramiento de aspirantes a puestos de elección popular en su partido. Se puede argumentar que la decisión es horizontal, al provenir de un órgano colegiado, sin embargo, para evitar caer en especulaciones se tendrían que mostrar los mecanismos que se podrían operar para evitar una decisión vertical.

Desde este punto de vista, si analizamos formalmente las cuatro facultades metaconstitucionales mencionadas, en el momento actual, es posible concluir que se mantiene, de manera muy acotada, la primera: la jefatura del PRI.

Otra vertiente se asocia al nombramiento del sucesor, está documentado que los expresidentes Vicente Fox y Felipe Calderón en su momento intentaron influir en la designación de su sucesor, su fracaso no se debió a que no operaran debidamente sus deseos, sino a que los opositores ganaron las estructuras del PAN y a la emergencia de una sociedad civil que cuestionó severamente esa pretensión.⁴¹

⁴¹ Nota: “Agarrones entre Fox y el PAN”, *Vértigo político*, 11 de febrero de 2013, en la que se destaca: “El distanciamiento entre Fox y el PAN comenzó prácticamente cuando Felipe Calderón fue nombrado candidato a la presidencia por Acción Nacional en 2006. Claramente el candidato de Fox era Santiago Creel, sin embargo Calderón logró la candidatura al ser elegido por consulta entre militantes y adherentes”. <http://www.vertigopolitico.com>

En el caso de designación y remoción de los gobernadores, es muy pronto para saber cómo se comportará Enrique Peña Nieto en ese rubro. Pero no debemos olvidar que Felipe Calderón intentó derrocar “políticamente” al entonces gobernador de Michoacán, Leonel Godoy, con una estratagema denominada “michoacanazo”, que terminó en una más de las pifias de la procuración y administración de justicia mexicanas.⁴²

Sin embargo, más allá de los posibles debates que se puedan generar, es demasiado pronto para sepultar al presidencialismo mexicano, como se advertirá del análisis del Pacto por México.

IV. EVENTOS Y PROCESOS SOCIALES DEL PACTO POR MÉXICO

El 1o. de diciembre de 2012 Enrique Peña Nieto asume la Presidencia de la República, uno de sus primeros actos, de profundo significado político, es la firma del Pacto por México el 2 de diciembre de ese año. Las negociaciones fueron entre el equipo de transición del presidente electo y los representantes de los partidos políticos.

El Pacto por México es un instrumento de política, en donde se plasman los acuerdos a que arribaron la Presidencia de la República y los líderes de los partidos políticos.⁴³ En el numeral 1. “Acuerdos para una

co.com/articulo/4244/Agarrones-entre-Fox-y-el-PAN#sthash.jofiMTJLdpuf (consultada el 22 de agosto de 2013). “Ernesto Cordero: El Candidato Oficial”, en Conciencia Pública de 29 de mayo de 2011, donde se afirma: “Al estilo del viejo PRI, con la cargada por delante, el Presidente Felipe Calderón inició la operación que tiene como objetivo convertir al secretario de Hacienda, Ernesto Cordero, en el candidato presidencial del PAN”. *http://www.concienciapublica.com.mx/politica/ernesto-cordero-el-candidato-oficial/* (consultada el 22 de agosto de 2013).

⁴² En el sitio electrónica de Terra se presenta un recuento del “michoacanazo”, el 27 de mayo de 2013, en donde se lee: “Michoacanazo, es el nombre con que se conoce al Operativo Policiaco y Militar que llevó a cabo el gobierno mexicano para lograr la detención de presidentes Municipales y altos funcionarios del estado de Michoacán, acusados por la PGR de tener vínculos o ser miembros de la organización criminal, la familia michoacana. Un año después de las detenciones, sólo 12 funcionarios permanecían presos, meses más tarde, habían sido liberados todos los detenidos por falta de pruebas o desvanecimiento de las mismas”. *noticias.terra.com.mx/mexico/recuento-a-cuatro-anos-del-michoacanazo,bd3800d1494ee310VgnVCM10000098cceb0aRCRD.html* (consultada el 22 de agosto de 2013).

⁴³ El Pacto lo firman: Enrique Peña Nieto, presidente de los Estados Unidos Mexicanos; Jesús Zambrano Grijalva, Presidente Nacional del Partido de la Revolución Democrática; María Cristina Díaz Salazar, Presidenta del Comité Ejecutivo del Partido Revolucionario Institucional; Gustavo Madero Muñoz, Presidente Nacional del Parti-

Sociedad de Derechos y Libertades”, se destaca: “El siguiente paso de la democracia mexicana es la creación de una sociedad de derechos que logre la inclusión de todos los sectores sociales y reduzca los altos niveles de desigualdad que hoy existen entre las personas y entre las regiones de nuestro país”.

Así, se afirma que: “Mediante este Pacto, los signatarios acuerdan que el gobierno realizará un conjunto de acciones administrativas y que las fuerza políticas pactantes impulsarán reformas legislativas, así como acciones políticas que amplíen la libertad y la gama de derechos exigibles y efectivos para todos los mexicanos”. En este contexto, los acuerdos se relacionan con: 1.1. Seguridad Social Universal; 1.2 Sistema Nacional de Programas de Combate a la Pobreza; 1.3. Educación de Calidad y con Equidad; 1.4. La cultura como elemento de cohesión social; 1.5. Defender los derechos humanos como política de Estado; 1.6. Derechos de los pueblos indígenas; 2. Acuerdos para el crecimiento económico, el empleo y la competitividad; 2.2. Garantizar acceso equitativo a telecomunicaciones de clase mundial; 2.3. Promover el desarrollo a través de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación; 2.4. Desarrollo Sustentable; 2.5. Realizar una reforma energética que sea motor de inversión y desarrollo; 2.7. Transformar la banca y el crédito en palanca de desarrollo de hogares y empresas. 2.8. Transformar el campo en una actividad más productiva; 2.9. Aplicar una estrategia Nacional para el Desarrollo del Sur-Sureste; 2.10. Deuda de los Estados; 2.11. Realizar una reforma hacendaria eficiente y equitativa que sea palanca de desarrollo. 3. Acuerdos para la Seguridad y la Justicia; 3.1 Implantar un Plan Nacional de Prevención y Participación Comunitaria; 3.2 Reformar los cuerpos de policías; 3.3 Implantar en todo el país el nuevo sistema de justicia penal, acusatorio y oral; 3.4 Implantar en todo el país un Código Penal y un Código de Procedimientos Penales Únicos; 3.5 Reforma a la Ley de Amparo; 3.6 Reforma integral del sistema penitenciario; 4. Acuerdos para la Transparencia, Rendición de Cuentas y Combate a la Corrupción; 4.1 Instrumentar la Reforma para la Rendición de Cuentas Contables; 4.2. Reforma para ampliar facultades del IFAI; 4.3. Sistema Nacional contra la Corrupción; 5. Acuerdos para la Gobernabilidad Democrática; 1.1. Gobiernos de Coalición; 1.2. Toma de protesta del Presidente el 15 de septiembre; 1.3. Partidos Políticos y Elecciones; 1.4. Reforma del Distrito Federal; 1.5. Revisión

do Acción Nacional, en: <http://www.presidencia.gob.mx/wp-content/uploads/2012/12/Pacto-Par-M%C3%A9xico-TODOS-los-acuerdos.pdf> (consultada el 18 de agosto de 2013).

global de los fueros; 1.7. Revisar la reelección de legisladores; y 1.8. Medios de Comunicación.

Al evaluar este instrumento, desde la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, se destaca:

El Pacto por México (Pacto), es un acuerdo multipartidista que abraza 95 compromisos importantes de reforma, firmado por el nuevo gobierno y los representante de los principales partidos políticos, es, por tanto, bienvenido. Los compromisos incluyen las prioridades esenciales de políticas que se necesitan para garantizar un mayor crecimiento y bienestar material, así como para promover la sustentabilidad. Por otra parte, el Pacto cuenta con el apoyo de un consejo rector y consejos de coordinación legislativa y técnica, con lo cual incorpora mecanismos de control y calendarios que deberían ayudar a garantizar que los compromisos se sigan realmente hasta cumplirlos. Muchas de las medidas legales y políticas propuestas del Pacto fueron identificadas como prioridades de política en Estudios económicos de México previos, y cubren casi todos los ámbitos de política contemplados en las recomendaciones de la OCDE aún pendientes.⁴⁴

Por lo anterior podemos destacar que el presidente de la República usa su capital político para lograr transformaciones estructurales para el país. Sin embargo, para lograrlo no moviliza al país y a su aparato productivo, sino a los partidos políticos. Así, una cuestión interesante deriva de la exclusión del debate de las prioridades de México, lo que lleva a juristas del nivel de Diego Valadés a destacar que carece de una “priorización” de los temas, porque primero se tuvo que “reordenar el sistema institucional mexicano, para que las instituciones recuperarán la confianza perdida, y a partir de ahí abordar los temas estructurales”.⁴⁵

Otros actores políticos consideran que es uno de los instrumentos del presidencialismo mexicano. Así, el senador de Acción Nacional por Jalisco, José María Martínez Martínez, afirma:

Es un pretexto para retornar al régimen que hablaba al principio, un régimen donde la figura presidencial era el eje central de cualquier acción en este país. Esto no es sano, con ese pretexto de que el estado asuma la rectoría de los

⁴⁴ OCDE (2013), Estudios Económicos de la OCDE: México 2013, Evaluaciones y recomendaciones, Centro de la OCDE para América Latina, 2013, p. 13. (OCDE (2013), Estudios Económicos de la OCDE: México 2013, también: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264201521.es>).

⁴⁵ Véase Navarro, Israel, “Difícil, segundo semestre de 2013 para el Pacto por México: Senadores”, *Milenio Diario*, Sección “Política”, Senado, 13 febrero 2013, 9:28 pm.

grandes temas del país en términos de educación, economía, sociales y políticos, no permite que otros actores estén con la misma oportunidad de entablar un debate a partir de su propia lógica, idea y propuesta. Se quiere centrar todo en el llamado Pacto por México que diga el ABC a todos los actores, de cómo hacer las cosas, lo cual no es saludable.⁴⁶

Como se advierte, el pacto, más allá de sus efectos positivos e incluso aceptando que era la única vía para recuperar la gobernabilidad del país, muestra un desplazamiento de la institucionalidad mexicana de las estructuras formales: los poderes constituidos o las funciones públicas, a una cúpula en la que participan el poder real del país: el presidente de la República y los líderes de los principales partidos; reduce al Congreso de la Unión, órgano de la soberanía, a simple oficialía de partes, en donde se reciben las iniciativas que se elaboran en el marco del pacto y se les da trámite; desplaza el debate de los asuntos del país a los grupos de especialistas u asesores que, desde la sombras, elaboran los documentos que se discuten en los mecanismos del pacto; por último, sin agotar las vertientes de análisis, el pacto genera que la agenda nacional se transforme en la agenda de la Presidencia y los partidos políticos.

Lo anterior muestra que el viejo presidencialismo mexicano se niega a morir. Como hidra de siete cabezas se reinventa con otros nombres, pero siempre con los mismos mecanismos autoritarios de corte cupular. Esto implica que el concepto de “facultades metaconstitucionales” sigue vigente, como categoría para el análisis fenomenológico del presidencialismo mexicano y de otros fenómenos de poder en la vertiente no normativa.

V. HACIA LA REDEFINICIÓN DEL PRESIDENCIALISMO MEXICANO

No estamos capacitados para llevar las reflexiones de *El presidencialismo mexicano* a otro nivel argumentativo. En Jorge Carpizo está presente no solo el humanista, el profesor y el investigador, sino también el político y el servidor público, experiencias que le dan consistencia y solidez a *El pre-*

⁴⁶ Nota: “El ‘Pacto por México’, un pretexto para volver al presidencialismo priísta. El senador panista José María Martínez critica la sumisión de los partidos a Peña Nieto”, *La Jornada Jalisco* de 30 de marzo de 2013, <http://www.lajornadajalisco.com.mx/2013/03/30/el-pacto-por-mexico-un-pretexto-para-volver-al-presidencialismo-priista/>, consultada el 21 de agosto de 2013.

sidencialismo mexicano, obra que fue revisada por el autor y poco o casi nada modificada. Estamos seguros que el libro continuará aportando reflexiones sobre la realidad del sistema presidencial mexicano. Lo que sí podemos hacer es aportar una visión diferente sobre nuestra realidad política y del papel que juega en nuestro sistema el presidente de la República y el sistema de partidos.

Para elaborar nuestros argumentos partimos de la base que la aportación de Jorge Carpizo, la idea de “facultades metaconstitucionales”, está vigente.

En este sentido advertimos que las facultades “metaconstitucionales” se desplazan del presidente a otros actores institucionales, como ejemplo, advertimos un intento de reproducir el presidencialismo mexicano a partir de la idea de “autonomía”, concepto a partir del cual se empieza a desplazar la función ejecutiva hacia órganos administrativos,⁴⁷ con el pretexto de la “especialización”, y con una mala lectura de lo que implica la autonomía, se construyen espacios estancos a la institucionalidad, en donde los titulares de las funciones “autónomas” se comportan como si fueran pequeños “presidentes”, solo son responsables ante sus patrones: los partidos políticos.

A pesar de la reforma política del 9 de agosto de 2012, en materia de candidaturas independientes. También advertimos un desplazamiento de los nombramientos de aspirantes a puestos de elección popular a las dirigencias de los partidos políticos, lo que implica que si antes el gran elector era el presidente de la República, posiblemente en la actualidad lo son los altos burócratas de los partidos políticos.

Por lo anterior se requiere construir estructuras para eliminar el sustrato autoritario que existe en la Presidencia y los partidos políticos, lo que a su vez abonaría a que efectivamente la idea de facultades “metaconstitucionales”, se transforme en pieza del museo conceptual. Entre las aportaciones que consideramos necesarias, se encuentran:

- a) Superar la idea de la “irresponsabilidad” del presidente de la República. A partir una mala interpretación del segundo párrafo del artículo

⁴⁷ A partir de la década de los noventa del siglo XX empiezan a surgir en nuestro país órganos autónomos de toda índole (Comisión Nacional de Derechos Humanos, Instituto Federal Electoral, Instituto Nacional de Estadística y Geografía, Banco de México, etcétera, recientemente se concedió autonomía al Instituto Nacional de Telecomunicaciones, a la Comisión Federal de Competencia Económica y al Instituto Nacional de Evaluación Educativa, además se piensa dotar de autonomía al Instituto Federal Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales.

lo 108 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que prescribe: “El Presidente de la República, durante el tiempo de su encargo, sólo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común”, se ha llegado a la idea del “ejecutivo irresponsable”. Los argumentos que justifican lo anterior son de toda índole, desde pragmáticos hasta jurídicos excesivamente elaborados. Sin embargo de una lectura cuidadosa de la Constitución advertimos que no se justifica la “irresponsabilidad” del Ejecutivo. En efecto, el artículo 111, párrafo cuarto, de la ley fundamental, destaca: “Por lo que toca al Presidente de la República, sólo habrá lugar a acusarlo ante la Cámara de Senadores en los términos del artículo 110. En este supuesto, la Cámara de Senadores resolverá con base en la legislación penal aplicable”. Lo anterior significa que en nuestro régimen jurídico es presidente de la República si es sujeto de juicio político y, en nuestra opinión, totalmente responsable de sus actos tanto políticos como jurídicos.

- b) Acotar la acción de los partidos políticos a su espacio intermedio entre la participación ciudadana y la construcción de la institucionalidad. El artículo 41, fracción I, párrafo segundo, de la Constitución destaca: “Los partidos políticos tienen como fin promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de la representación nacional y como organizaciones de ciudadanos, hacer posible el acceso de éstos al ejercicio del poder público”. En una recta interpretación de este precepto, la intervención de los partidos políticos concluye una vez que se construyó la “institucionalidad” o la “representación nacional”, fuera de ese espacio no deberían contar con mayores espacios de participación en la vida pública. Actualmente advertimos cómo los partidos políticos se involucran en toda la vida pública de la nación, desplazando a las autoridades legítimas en los debates institucionales. Lo anterior “partidiza” la institucionalidad y lleva a debates innecesarios sobre los problemas del país.
- c) Impedir que el “pactismo” impacte en las instituciones nacionales, las leyes se acatan o se cumplen, no se negocian. Debemos terminar con esa incapacidad de los políticos de obedecer la ley y “duplicar” órdenes jurídicos a través de “pactos”. El fenómeno no es complejo, a pesar de que las autoridades cuentan con facultades constitucionales y legales, que les otorgan competencias que deben ejercer y los obligan a coordinarse para ejercerlas, suscriben “pactos” o “convenios” en donde los “genios” que los proponen destacan como objeto el cumplimiento de las “competencias legales”.

- d) Superar los contextos facticos que permiten que se construya una presidencia a partir de “intereses” particulares. No estamos en contra de que cada persona cuenta con los amigos que desee, o que profese las creencias que estime necesarias para el desarrollo personal o que se afilie a las organizaciones que crea convenientes; sin embargo, sí nos oponemos de manera enfática al uso de lo público con fines ideológicos o de grupo. Quizá mi incomprensión de la política me autorice a decir que, cuando un presidente, un gobernador, un diputado, un senador, un ministro, magistrado, juez o ministerio público actúa fuera de los límites legales para favorecer una posición personal o de grupo, se está abonando a una institucionalidad subordinada a los poderes fácticos y por supuesto se está generando corrupción e impunidad.
- e) Buscar candados para acotar el uso de lo público para fines particulares o de grupo (como son los de los partidos políticos, iglesia, sindicatos, etcétera). Las estructuras públicas no deben ser la “agencia de colocaciones” de los partidos políticos. Los recursos públicos no son la “bolsa personal” del servidor público. Quizá no es demasiado tarde para comprender que cuando un militante, por docto o sensible que sea, se integra a la función pública con la idea de que su puesto se lo debe al líder o al partido, su lealtad no será para la República, sino para esa persona o ese partido. Lo anterior debe llevarnos a:
- f) Institucionalizar al máximo el acceso a la función pública para evitar la generación de grupos de interés a su interior que secuestren la agenda nacional para favorecer sus intereses personales o de grupo, lo que implica reformular nuestra idea de servicio público: exámenes públicos de oposición, órganos independientes capaces de poner a las mejores mujeres y hombres al servicio del país, garantías suficientes de permanencia y egreso, pero también, rendición de cuentas y responsabilidades proporcionales a las infracciones o delitos.

Sé que las propuestas no son novedosas. Entiendo que algunos podrán calificarlas de utópicas. Sin embargo considero que constituyen un interesante mecanismo para dismantelar a los “mini” presidencialismos deseosos de ejercer “facultades metaconstitucionales” y construir el país de leyes que deseamos.

VI. CONCLUSIONES

Primera. Mostramos el debate metodológico entre las ciencias naturales y las sociales, destacamos algunos conceptos de la fenomenología y asentamos que esa rama del conocimiento se ocupa del método; coordina “objetividad” y “subjetividad”, y vincula la intersubjetividad con la cultura, por lo que constituye un excelente marco referencial para el análisis de *El presidencialismo mexicano*, obra en la que aparece la aportación de Jorge Carpizo a las ciencias sociales mexicanas: la idea de “facultades extraconstitucionales” o “metaconstitucionales” del presidente de la República. Lo anterior nos lleva al análisis de las implicaciones de la idea de facultades metaconstitucionales para nuestro país, en el contexto de las aportaciones de la metodología fenomenológica y las reflexiones socio-políticas que extraemos del llamado “Pacto por México”.

Segunda. Destacamos las categorías sociológicas de Alfred Schütz, para aplicarlas al estudio de *El presidencialismo mexicano*, advertimos que es un documento en donde están presentes fuertes reflexiones jurídicas en torno al presidente de la República, pero también se abordan en el libro amplios ejemplos de la política mexicana, que permiten advertir las confrontaciones estructurales entre norma jurídica y realidad, es decir, las tensiones entre facticidad y validez. Lo que nos permitió concluir que la construcción que realiza Jorge Carpizo de las facultades metaconstitucionales muestra lo “real”, la acción de poder ejecutivo en la sociedad mexicana.

Tercera. Después plasmamos los argumentos de Jorge Carpizo en torno al presidencialismo y su contrastación con el parlamentarismo, nos avocamos al análisis de las facultades metaconstitucionales, destacando que Jorge Carpizo, en los apéndices 1978-1990 y 1978-2000, envió las facultades metaconstitucionales al museo, al mostrar las transformaciones que sufrió nuestro país en esos periodos. Sin embargo, advertimos la vigencia del presidencialismo mexicano en la integración del presidente de la República a las estructuras políticas colegiadas de su partido, la intervención de dos expresidentes en la designación de su sucesor y del intento jurídico-político de un expresidente de derrocar a un exgobernador.

Cuarta. El Pacto por México nos permitió destacar que existe un desplazamiento en la toma de decisiones políticas en la institucionalidad mexicana, de las estructuras formales a una cúpula en la que participan el poder real del país: el presidente de la República y los líderes de los principales partidos; que reduce al órgano de la soberanía a simple oficia-

lía de partes; que desplaza el debate de los asuntos del país a los grupos de especialistas o asesores que en la sombras elaboran los documentos que se discuten en el pacto, y que genera que la agenda nacional se desplace a la presidencia y los partidos políticos. Lo anterior nos llevó a afirmar la vigencia de la categoría de facultades metaconstitucionales.

Quinta. Destacamos una serie de aportaciones, que estimamos necesarias para la transformación del presidencialismo en México: *a)* superar la idea de la “irresponsabilidad” del presidente de la República; *b)* acotar la acción de los partidos políticos a su espacio intermedio entre la participación ciudadana y al construcción de la institucionalidad; *c)* impedir que el “pactismo” impacte en las instituciones nacionales, sosteniendo que las leyes se acatan o se cumplen no se negocian; *d)* superar los contextos facticos que permiten que se construya una presidencia a partir de “intereses” particulares; *e)* buscar candados para acotar el uso de lo público para fines particulares o de grupo (como son los partidos políticos, la iglesia, los sindicatos, etcétera), y *f)* institucionalizar al máximo el acceso a la función pública para evitar la generación de grupos de interés a su interior que secuestren la agenda nacional para favorecer sus intereses personales.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BOCHENSKI, I.M., *La filosofía actual*, trad. de Eugenio Imaz, 2a. ed., México, FCE, 1983.
- CARPIZO, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, 19a. ed., México, Siglo XXI, 2006.
- DREHER, Jochen, “Fenomenología: Alfred Schütz y Thomas Luckmann”, en GARZA TOLEDO, Enrique de la y LEYVA, Gustavo (coords.), *Tratado metodológico de las ciencias sociales: perspectivas actuales*, México, Fondo de Cultura Económica-UAM Iztapalapa, 2012.
- GARZA TOLEDO, Enrique de la, “Introducción”, en GARZA TOLEDO, Enrique de la y LEYVA, Gustavo (coords.), *Tratado metodológico de las ciencias sociales: perspectivas actuales*, México, Fondo de Cultura Económica-UAM Iztapalapa, 2012.
- HUSSERL, Edmund, *La idea de la fenomenología*, int. y trad. de Jesús Adrián Escudero, Barcelona, Herder, 2011.
- , *Las conferencias de Londres. Método y filosofía fenomenológicos, Introducción. La finalidad general de la filosofía fenomenológica*, Salamanca, Sígueme, 2012.

- REINACH, Adolf, *Introducción a la fenomenología*, Madrid, Ediciones Encuentro, 1986.
- SARTORI, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada*, 3a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2010.
- SCHÜTZ, Alfred, *Estudios sobre teoría social*, “Primera parte: Teoría pura”, trad. de Néstor Miguez, 2a. ed., Buenos Aires, Amorrortu, 2012.
- URSUA, Nicanor *et al.*, *Filosofía crítica de las ciencias humanas y sociales. Historia, metodología y fundamentación científica*, México, Ediciones Coyoacán, 2005.
- WEBER, Max, *Estructuras de poder*, trad. de Rufino Arar, México, Ediciones Coyoacán, 2004.

EL IMPULSO PARLAMENTARIO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS

Aldo Rafael MEDINA GARCÍA*

En memoria de mi querido Maestro

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Las minorías parlamentarias y el control de constitucionalidad*. III. *El impulso de la acción de inconstitucionalidad de los tratados por la minoría senatorial*. IV. *El impulso del control de constitucionalidad de los tratados por las legislaturas locales a través de la controversia constitucional*. V. *Conclusión*. VI. *Fuentes de consulta*.

I. INTRODUCCIÓN

El control se ha convertido en la función más importante que desempeñan los parlamentos en los actuales Estados constitucionales. El incremento de la actividad administrativa del gobierno hace cada vez más necesario el funcionamiento de controles provenientes de los otros órganos del Estado, especialmente del Parlamento, a fin de mantener el equilibrio de poderes y con ello la libertad de los ciudadanos. La necesidad de limitar efectivamente la actuación de los gobiernos en el ámbito internacional es un problema que se planteó desde la discusión de los primeros textos constitucionales modernos, y aun cuando aparentemente se resolvió con la inclusión en las Constituciones de un precepto en el que se otorga al Parlamento la facultad de aprobar los tratados internacionales, éste es un problema que ha adquirido nuevas connotaciones como consecuencia del acrecentamiento de las relaciones internacionales facilitadas principalmente por los avances tecnológicos y descubrimientos científicos del siglo XX.

* Docente-Investigador de la Unidad Académica de Derecho de la Universidad Autónoma de Nayarit; doctor en Derecho Parlamentario por el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid; perfil PROMEP y candidato al Sistema Nacional de Investigadores; coordinador de la Maestría en Derecho incorporada en el Programa Nacional de Posgrados de Calidad.

En este trabajo nos ocuparemos de una perspectiva poco estudiada del control parlamentario: el derecho de impulso de la minoría senatorial a instar el control de constitucionalidad de los tratados internacionales. Este derecho constituye otra posibilidad de control político. Si bien es cierto dicho momento procesal forma parte de un procedimiento objetivo de defensa de la Constitución, también es posible considerarlo como una expresión de control político intraorgánico por el que una minoría del Senado decide acudir a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para que revise la constitucionalidad de la decisión de la mayoría de aprobar un tratado internacional. De tal forma, en esencia, nos concentramos en esclarecer las particularidades de la legitimación procesal de la minoría senatorial para instar la acción de inconstitucionalidad sobre tratados internacionales y analizamos la posibilidad de que a través de la controversia constitucional otros órganos parlamentarios de las entidades federativas pueden activar el control de constitucionalidad de los tratados.

II. LAS MINORÍAS PARLAMENTARIAS Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Los órganos parlamentarios contemporáneos poseen al menos una naturaleza dual: son órganos del Estado que expresan en su forma suprema la forma de ley, la voluntad estatal y, por otro lado, son expresión del pluralismo político de la sociedad.¹ El control parlamentario también refleja esta doble naturaleza: cuando el Parlamento actúa como órgano del Estado el control está en manos de la mayoría parlamentaria que adopta las decisiones vinculantes, la voluntad parlamentaria (control interorgánico). Empero, desde la perspectiva del componente pluralista del Parlamento, el control parlamentario corresponde a todos los grupos parlamentarios y se ejerce a través de todos los procedimientos, aunque efectivamente la minoría o minorías parlamentarias son las principales impulsoras y protagonistas de este control (intraorgánico).² De suerte tal que el control parlamenta-

¹ Rubio Llorente, Francisco, “El control parlamentario”, *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid, CEC, p. 256.

² El profesor español Manuel Aragón distingue la doble condición del control parlamentario: el control “por” el Parlamento y el control “en” el Parlamento. Así, el control “por” el Parlamento se manifiesta a través de decisiones del órgano parlamentario (procedimiento legislativo, actos de aprobación o autorización, etcétera) que invariablemente corresponde tomar a la mayoría parlamentaria, porque así se forma la voluntad del Parla-

rio de los tratados no se agota con el control interorgánico que realiza la mayoría senatorial sobre el tratado negociado y adoptado por el Ejecutivo, sino que el instrumento convencional también es controlado, aunque con alcances y fines distintos, en el Senado, en sede parlamentaria, por todos los grupos parlamentarios a través de otras actuaciones y procedimientos, en los que el protagonista es indefectiblemente la minoría senatorial.

Empero, en los actuales Estados constitucionales la supremacía constitucional ha sido reforzada y garantizada, sobre todo después de la segunda posguerra, además de con el tradicional control parlamentario —control político por antonomasia— con controles de carácter jurisdiccional, pues aunque pueda parecer sorprendente el órgano de la representación popular debe de alguna manera ser controlado. La función de control no es privativa de ningún órgano del Estado ni tampoco ningún órgano puede escapar a él, sino que se extiende horizontal y verticalmente en las áreas competenciales de todos los poderes del Estado.³ Nadie debe quedar exento de control aunque solo sea, en relación con el Parlamento, para garantizar que la participación sea real y efectiva, y para garantizar que la regla de respeto a los derechos fundamentales es algo real que impone a toda la organización del Estado.⁴ En consecuencia, como afirma Fernández-Miranda:

En la lucha contra las inmunidades del poder que es la lucha por el Estado de Derecho, el Parlamento no puede ser situado al margen de toda sospecha. Por tanto, sin menosprecio de la condición política del Parlamento como órgano representativo de la comunidad dotado de legitimidad política directa, el Derecho parlamentario ha de ser también una técnica de libertad frente al Parlamento. Es decir, técnica organizativa desde el equilibrio entre poderes y técnica limitativa desde las exigencias del principio democrático y del Estado de Derecho.⁵

mento. En cambio, el control “en” el Parlamento se manifiesta a través de actuaciones de los parlamentarios o de los grupos (preguntas, interpelaciones, intervención en debates), que no expresan la voluntad de la Cámara, pero que en efecto significan una fiscalización de la actividad del Gobierno. Véase Aragón Reyes, Manuel, *Constitución y control del poder*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1995, p. 170 y ss.

³ Rodríguez-Zapata Pérez, Jorge, “El Poder Judicial como límite de las potestades de control de las Cortes Generales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 3, núm. 9, septiembre-diciembre 1983, p. 69.

⁴ Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo, “El control parlamentario por el tribunal constitucional”, *Anuario Jurídico de la Rioja*, núm. 2, 1996, p. 325.

⁵ Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso, “Prólogo”, en Torres Muro, Ignacio, *Los órganos de gobierno de las cámaras*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987, p. 10.

Hoy nadie cuestiona que el Poder Legislativo también puede cometer excesos, sobre todo debido al enorme crecimiento de la legislación en el Estado moderno, pero también como consecuencia de la posibilidad de subordinación de las asambleas legislativas a un poder político incontrolado, generalmente el órgano Ejecutivo; de tal suerte que las mayorías legislativas pueden ser tan opresoras como una dictadura del Ejecutivo.⁶ El parlamentarismo contemporáneo, entendido como forma de Estado,⁷ exige no solo garantizar la libertad del Parlamento y en el Parlamento, sino también inexorablemente la libertad frente al Parlamento; es decir, se requiere de una limitación efectiva de la libertad de configuración de la legislación que evite a la mayoría parlamentaria de turno quebrantar el orden constitucional y atentar contra los derechos fundamentales de los individuos.

Esta amenaza quizás ha encontrado en el control jurisdiccional de constitucionalidad de los actos estatales la respuesta más importante y prometedora para limitar el poder a través de normas, instituciones y procedimientos constitucionales, pues como sostiene Capelletti: “Un control efectivo de los grupos políticos se debe llevar a cabo desde fuera: debe ser confiado a personas y órganos eficientemente independientes de aquellos a los que controla”.⁸ Así, a través del control de la constitu-

⁶ Respecto a la opresión de la mayoría sobre la minoría ya advertían los padres fundadores de los Estados Unidos de América: “En una república no sólo es de gran importancia asegurar a la sociedad contra la opresión de sus gobernantes, sino proteger a una parte de la sociedad contra las injusticias de la otra parte. En las diferentes clases de ciudadanos existen por fuerza distintos intereses. Si una mayoría se une por obra de un interés común, los derechos de la minoría estarán en peligro”, véase: Publio (Hamilton o Madison), “El federalista LI”, en Hamilton, A. *et al.*, *El federalista*, prólogo y trad. de Gustavo R. Velasco, 2a. ed. México, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 222.

⁷ El profesor vienés Hans Kelsen destacó la forma de Estado parlamentaria que existe en todos los Estados constitucionales, pues consideró que: “Dentro de la república democrática-parlamentaria, el problema del parlamentarismo es de importancia trascendental. La existencia de la democracia moderna depende de la cuestión de si el Parlamento es un instrumento útil para resolver las necesidades sociales de nuestra era. Aunque la democracia y el parlamentarismo no son idénticos, no cabe dudar en serio —pues que la democracia directa no es posible en el Estado moderno— que el parlamentarismo es la única forma real en que puede plasmar la idea de la democracia dentro de la realidad social presente. Por ello, el fallo sobre el parlamentarismo es, a la vez, el fallo sobre la democracia... El parlamentarismo significa: Formación de la voluntad decisiva del Estado mediante un órgano colegiado elegido por el pueblo en virtud de un derecho de sufragio general e igual, o sea democrático, obrando a base del principio de la mayoría”. Véase Kelsen, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, Granada, Comares, 2002, pp. 36 y 37.

⁸ Capelletti, Mauro, “¿Renegar de Monstesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 6, núm. 17, mayo-agosto de 1986, p. 26.

cionalidad de las leyes por tribunales con competencias constitucionales —trátese de tribunales *ad hoc*, salas constitucionales incluidas en el Poder Judicial o tribunales ordinarios con competencias constitucionales— ha sido posible garantizar, como en ninguna otra época de la historia, la supremacía constitucional, salvaguardar la democracia y servir de instrumento para asegurar y proteger el efectivo goce y respeto de los derechos humanos.⁹

La justicia constitucional responde a la necesidad en las sociedades plurales de defender a las minorías que no tienen suficiente capacidad política para evitar la aprobación en el Parlamento de leyes, tratados y otras normas que no son conformes a la Constitución, pues como advertía Kelsen:

Si se ve la esencia de la democracia, no en la omnipotencia de la mayoría, sino en el compromiso constante entre los grupos representados en el Parlamento por la mayoría y la minoría, y por tanto, en la paz social, la jurisdicción constitucional aparece como un medio particularmente idóneo para realizar esta idea. La simple amenaza de interposición del recurso ante el tribunal constitucional puede ser, entre las manos de la minoría, un instrumento propicio para impedir que la mayoría viole inconstitucionalmente sus intereses protegidos y para oponerse, en última instancia, a la dictadura de la mayoría que no es menos peligrosa para la paz social que la de la minoría.¹⁰

En los Estados democráticos el control parlamentario de los tratados internacionales se complementa y refuerza con el control jurisdiccional, que no pretende sustituir la voluntad de la mayoría parlamentaria sino proteger a la minoría de cualquier abuso que violente sus derechos fundamentales y rompa el orden constitucional. De suerte tal que, el control intraorgánico mayoría-minoría parlamentaria puede, por decisión de la minoría, traspasar los límites del Parlamento para que un órgano independiente, neutral (Tribunal Constitucional, Corte Suprema, etcétera) y con parámetros estrictamente jurídicos, revise la regularidad constitucional de la norma

⁹ Brewer-Carias, Allan R., “Nuevas reflexiones sobre el papel de los tribunales en la consolidación del Estado democrático de derecho: defensa de la Constitución, control del poder y protección de los derechos humanos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 13, t. I, 2007, pp. 65 y 66. El mismo artículo fue reproducido en: Fernández Segado, Francisco (coord.), *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional y otros estudios de derecho público*, España, Dykinson, 2008, pp. 761-826.

¹⁰ Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 2001, p. 100.

general (ley, tratado, reglamento, etcétera) aprobada por la mayoría parlamentaria. Por lo tanto, los tratados que, al igual que la ley, son normas generales inmediatamente vinculadas a la Constitución, pueden ser inmediatamente inconstitucionales en razón de su confección (inconstitucionalidad formal) o en razón de su contenido (inconstitucionalidad material),¹¹ pero en cualquier caso la inconstitucionalidad solo podrá ser declarada por el órgano jurisdiccional competente si la minoría parlamentaria —la minoría senatorial en México— u otro sujeto legitimado activa el procedimiento constitucional para la defensa de la Constitución.

Hechas las anteriores consideraciones, debemos aclarar que no corresponde realizar aquí un estudio pormenorizado de los instrumentos de control jurisdiccional de los tratados internacionales. El objetivo que nos hemos trazado se circunscribe a analizar el “derecho de impulso” —expresión utilizada por el Tribunal Constitucional Alemán (BVerGE 14, 197, 209)— que la norma suprema mexicana ha conferido a la minoría senatorial para instar ante la SCJN la acción de inconstitucionalidad sobre tratados internacionales aprobados por la mayoría senatorial (artículo 105, fracción II, inciso *b*, de la CPEUM). Este “derecho de impulso”, si bien constituye el fundamento de un proceso constitucional de carácter objetivo, como lo es todo control jurisdiccional, también es expresión extraparlamentaria del control intraorgánico que discurre a través de la dialéctica mayoría-minoría senatorial y, sin duda, se trata del instrumento de control parlamentario más contundente y eficaz de que dispone la minoría senatorial para instar a la SCJN a revisar y pronunciarse sobre la constitucionalidad de un tratado internacional.

Huelga decir que el “derecho de impulso” del control jurisdiccional de los tratados no es exclusivo de una minoría senatorial —el 33% de los senadores— sino que la Constitución también concede a otros sujetos, legitimidad para instar este proceso constitucional.¹² Sin embargo, nuestro empeño se orientará estrictamente a explorar el “derecho de impulso”

¹¹ *Ibidem*, p. 31. En el mismo sentido el profesor Remiro Brotons afirma que de la inconstitucionalidad de un tratado puede hablarse desde un doble punto de vista, extrínseco o formal e intrínseco o material. Las manifestaciones de la inconstitucionalidad extrínseca se deducen de la infracción de los preceptos constitucionales (y de los que se integran en el llamado bloque constitucionalidad) que ordenan la participación de los poderes del Estado en la celebración de los tratados. Por su parte, la inconstitucionalidad intrínseca se produce cuando el tratado es, por su contenido, incompatible con las normas de la Constitución. Véase: Remiro Brotons, Antonio, “Comentario al Artículo 95”, en Alzaga Villaamil, Oscar (dir.) *et al.*, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. VII, Madrid, Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, 1995, p. 596..

¹² La Constitución mexicana prevé como sujetos legitimados para instar la acción de inconstitucionalidad sobre tratados internacionales, además de la minoría senatorial, al

que la Constitución mexicana atribuye, en el caso de la acción de inconstitucionalidad, de forma taxativa y rigurosa a la minoría senatorial, pero también consideraremos la posibilidad de que a través de la controversia constitucional —otro instrumento de defensa de la Constitución— otros sujetos parlamentarios, principalmente de las entidades federativas, puedan impugnar la inconstitucionalidad de normas convencionales internacionales.

III. EL IMPULSO DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS POR LA MINORÍA SENATORIAL

La acción de inconstitucionalidad es el único medio de defensa de la Constitución que expresamente se confiere a la minoría senatorial para impugnar la inconstitucionalidad de los tratados. Esta garantía procesal de la Constitución, sin precedente en nuestra historia constitucional, fue introducida por vez primera en nuestro ordenamiento jurídico a través de la reforma constitucional publicada el 31 de diciembre de 1994.¹³ La reforma al artículo 105 constitucional facultó a la SCJN a conocer, según la fracción II, inciso *b*, “De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución”, y respecto de los tratados internacionales legítimó para interponerla al “equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado...”.

Procurador General de la República y a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (artículo 105, fracción II, incisos *c* y *g* de la CPEUM).

¹³ La bibliografía sobre el conjunto de reformas constitucionales de 1994 relativas al Poder Judicial y por las que se introdujeron nuevos mecanismos de defensa de la Constitución, es abundante en términos cuantitativos y cualitativos; sin embargo, se recomienda ver: Brage Camazano, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005; Carpizo McGregor, Jorge, “Reformas constitucionales al Poder Judicial Federal y a la jurisdicción constitucional, del 31 de diciembre de 1994”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXVIII, núm. 83, mayo-agosto de 1995, pp. 807-842; Soberanes Fernández, José Luis, “La reforma de 1994 a la justicia constitucional en México”, en Bazán, Víctor (coord.), *Desafíos del control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1996, pp. 469-480; Fix-Fierro, Héctor, “La defensa de la constitucionalidad en la reforma judicial de 1994”, en varios autores, *La reforma constitucional en México y Argentina (Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica 19)*, México, UNAM-Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 1996, pp. 41-57; Castro, Juvenino V., *El artículo 105 constitucional*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1996.

Tal vez sobre decir que este medio de defensa de la Constitución tiene su antecedente en el derecho constitucional europeo,¹⁴ donde la justicia constitucional surgió como instrumento de defensa de la minoría parlamentaria frente a la opresión de la mayoría, que debido al sistema de gobierno parlamentario se identificaba con el gobierno hasta casi diluirse provocando el debilitamiento del control parlamentario, puesto que Parlamento y gobierno habrían de ser controladores de sí mismos.¹⁵ Así pues, en Europa el control de constitucionalidad de la ley fue creado expresamente para limitar los abusos y la falta de disposición de las futuras mayorías parlamentarias a aceptar las reglas del juego fijadas en la Constitución¹⁶ y compensar así el debilitamiento del control parlamentario sobre el gobierno.

La acción de inconstitucionalidad tiene tres peculiaridades: primero, es una forma de control jurisdiccional de carácter abstracto, es decir, no se requiere de la aplicación de la norma, ni la existencia de un agravio para ejercitarla, pues su objeto esencial es garantizar la aplicación de la Constitución y la certeza del orden jurídico fundamental;¹⁷ segundo, generalmente se otorga la legitimación para interponerla a los titulares de los poderes públicos, y tercera, su resolución por el órgano jurisdiccional competente permite declarar la invalidez de la norma impugnada.¹⁸

¹⁴ Para un estudio sobre el origen y evolución del “modelo europeo” de control de constitucionalidad y sus características definitorias, véase: Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de justicia constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

¹⁵ Steinberger, Helmut, “Algunos rasgos fundamentales de la justicia constitucional en la República Federal de Alemania”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 51, mayo-junio de 1986, p. 8.

¹⁶ Pérez Royo, Javier, *Tribunal constitucional y división de poderes*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 41.

¹⁷ La SCJN en la tesis jurisprudencial 129/99 reiteró el carácter abstracto de la acción de inconstitucionalidad al disponer: “Al ser la acción de inconstitucionalidad un tipo especial de procedimiento constitucional en el que, por su propia y especial naturaleza, no existe contención, *las partes legitimadas para promoverla... no ejercen la acción para deducir un derecho propio o para defenderse de los agravios que eventualmente les pudiera causar una norma general*, pues el Poder Reformador de la Constitución las facultó para denunciar la posible contradicción entre aquella y la propia Carta Magna, a efecto de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, atendiendo al principio de supremacía constitucional, la someta a revisión y establezca si se adecua a los lineamientos fundamentales dados por la propia Constitución”. Énfasis añadido. Véase Tesis Jurisprudencial 129/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, Pleno, tomo X, noviembre de 1999, p. 791.

¹⁸ En nuestro derecho constitucional la resolución de la SCJN sobre una acción de inconstitucionalidad solo podrá declarar la invalidez de las normas impugnadas si esto es

La legitimación procesal de las minorías parlamentarias no tiene su origen en el interés propio sino en su posición político-constitucional, pues forma parte del complejo orgánico parlamentario al que la Constitución atribuye un haz de facultades propias de la representación política que ostenta.¹⁹ El órgano parlamentario es, precisamente, al menos desde la implantación definitiva del sufragio universal, el representante del interés general, más allá de los intereses concretos,²⁰ por lo que su derecho de impulso en los procesos constitucionales persigue, más allá del interés subjetivo directo o indirecto (motivación política), la finalidad última de depuración objetiva del ordenamiento, pretendiendo la expulsión de aquellas normas que contradigan los preceptos constitucionales.

Ahora bien, los tratados internacionales son normas generales a los que la Constitución les da el carácter de ley suprema de la unión siempre y cuando sean acordes con ella (artículo 133, CPEUM).²¹ El Ejecutivo y el Senado están obligados por imperativo constitucional a confeccionar las normas convencionales internacionales de conformidad con la Constitución; no obstante, una minoría del 33% de los senadores puede, una vez aprobado y publicado en el DOF, interponer ante la SCJN la acción de inconstitucionalidad, y solo entonces podrá analizar y resolver sobre la constitucionalidad de normas convencionales internacionales. Evidentemente, la naturaleza dual de los tratados, es decir, son normas de derecho interno y, a la vez, normas de derecho internacional, implica que el control de constitucionalidad por la SCJN adquiera notas propias y trascendencia que rebasa el ámbito estricto del ordenamiento jurídico

aprobado por una mayoría de 8 votos de los 11 ministros que integran la Corte (artículos 105, último párrafo, de la CPEUM, y 42 de la LR105).

¹⁹ Montilla Martos, José A., *Minoría política y Tribunal Constitucional*, Madrid, Trotta, 2002, p. 21.

²⁰ Cabo Martín, Carlos de, “Estado y Estado de derecho en el capitalismo dominante: aspectos significativos del planteamiento constitucional español”, *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*, México, UNAM, 1997, p. 209.

²¹ La SCJN en la tesis jurisprudencial 22/99 reiteró que: “... las acciones de inconstitucionalidad proceden contra normas de carácter general, pero no contra cualquiera de éstas, sino sólo contra aquellas que tengan el carácter de leyes, o bien, de tratados internacionales...”. Véase Tesis Jurisprudencial 22/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, Pleno, t. IX, abril de 1999, p. 257. Asimismo en 2004 la SCJN al analizar si los tratados podían ser materia de una controversia constitucional ratificó su carácter de normas generales, textualmente asentó: “Los tratados internacionales son normas generales, ya que reúnen las características de generalidad, permanencia y abstracción...”. Véase Tesis Jurisprudencial 84/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, t. XX, septiembre de 2004, p. 1258.

mexicano. Quizás esta peculiaridad aunado a las implicaciones políticas y económicas internacionales que desencadenaría la declaración de inconstitucionalidad de un tratado, son algunos factores que han inhibido la utilización de esta garantía de la Constitución, pues mientras el control de la constitucionalidad de las leyes se ha vuelto una constante en nuestra práctica constitucional, no ha sucedido lo mismo con las normas contenidas en tratados internacionales.

Esta situación no resulta lógica si tomamos en cuenta el aumento considerable de convenciones internacionales y la infinidad de materias que regulan e impactan directamente en los derechos de los individuos; por lo tanto, podemos intuir que pese a existir una garantía de la constitucionalidad de las normas convencionales internacionales, en la práctica ese sistema no ha sido utilizado, con lo cual la supremacía constitucional se supone y predica en la teoría, pero no opera en la práctica. Esta realidad era hasta cierto punto comprensible antes del año 2000 cuando ningún partido de oposición al gobernante PRI contaba por sí solo con los senadores suficientes para impulsar una acción de inconstitucionalidad, aunque sí hubiera sido posible uniendo fuerzas el PAN y el PRD a partir de 1997, cuando dichos partidos ampliaron su número de senadores como consecuencia de la reforma electoral de 1996. No obstante, esto tampoco cambió a partir del año 2000 cuando arribó al Senado la pluralidad política, pues ningún partido tenía, ni tiene ahora *per se*, la mayoría absoluta para aprobar tratados.

En vista, pues, de la nula existencia de práctica sobre el control de constitucionalidad de los tratados, nos concretaremos a descifrar algunas particularidades de la legitimación procesal de la minoría senatorial para impulsar este proceso constitucional.

1. *Algunas particularidades de la legitimación procesal de la minoría senatorial*

Huelga decir que no existe, al menos formalmente, distinción procesal alguna en la sustanciación del procedimiento de acción de inconstitucionalidad. Las diferencias evidentes están relacionadas con los diversos sujetos legitimados para activarla en función del órgano creador de la norma (federal o local) objeto de control. De conformidad con el artículo 105, fracción II, de la CPEUM, el control de constitucionalidad de los tratados puede ser incoado únicamente por el procurador general de la República (inciso c),²²

²² Debemos decir que la reforma constitucional al artículo 105 de 1994 solo

la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH)²³ respecto de tratados que vulneren los derechos humanos consagrados en la Constitución (inciso g), y un grupo de senadores equivalente al 33% del total de la Cámara. La legitimación procesal para instar la acción de inconstitucionalidad es claramente restrictiva.²⁴ Empero, a continuación nos empeñaremos estrictamente en perfilar las peculiaridades de la legitimación procesal de la minoría senatorial para impulsar la acción de inconstitucionalidad de normas convencionales internacionales.

2. *La legitimación taxativa*

A diferencia de lo previsto para el control de constitucionalidad de las leyes federales, por ejemplo, que pueden ser impugnadas por minorías parla-

preveía la legitimación procesal de la minoría senatorial y la del procurador general de la República. El derecho de impulso a la minoría senatorial era perfectamente acorde con el origen y finalidad que tiene esta institución procesal constitucional; sin embargo, entonces como hoy resulta contradictorio que el procurador general de la República que debe ser designado, aunque con la ratificación del Senado, y puede ser removido por el presidente de la República, esté legitimado para impugnar la constitucionalidad de un tratado que ha sido negociado, adoptado y autenticado por su superior jerárquico. La legitimación procesal del procurador general de la República se legitimaría plenamente si se tratara de un funcionario inamovible, titular de un órgano autónomo e incrustado fuera del Poder Ejecutivo. En este sentido véase: Soberanes Fernández, José Luis, “La reforma de 1994 a la justicia constitucional en México”, *op. cit.*, p. 476. Así, pues, solo se justificaría la legitimación del procurador en caso de que la institución a su cargo fuera un órgano independiente y autónomo, pues como dice Brage Camazano: “La dependencia, siquiera relativa, del procurador respecto del presidente conllevaría reconocer poco menos que la legitimación aquí contemplada es una vez más una legitimación que nace muerta”. Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, p. 191.

²³ La legitimación procesal a la Comisión Nacional de Derechos Humanos para instar la acción de inconstitucionalidad contra leyes y tratados internacionales, se concretó en la reforma constitucional publicada en el DOF el 14 de septiembre de 2006 por la que se adicionó el inciso g) a la fracción II del artículo 105 de la CPEUM. La CNDH fue facultada únicamente para impugnar la inconstitucionalidad de aquellas leyes (federales, estatales y del Distrito Federal) y tratados que vulneren los derechos humanos consagrados en la Constitución. Así, pues, mientras la minoría senatorial y el Procurador General de la República pueden impugnar cualquier tratado en contraposición con cualquier norma constitucional, la CNDH solamente puede reclamar la inconstitucionalidad intrínseca y delimitada a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Para un estudio sobre esta nueva facultad constitucional de la CNDH se recomiendan los trabajos recogidos en: Astudillo Reyes, César y Carbonell, Miguel (coords.), *Las comisiones de derechos humanos y la acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM, 2007.

²⁴ Sobre las restricciones a la legitimación activa para instar la acción de inconstitucionalidad, véase: Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, pp. 177-178.

mentarias de ambas Cámaras del Congreso General, los tratados internacionales exclusivamente pueden impugnarse por una minoría del Senado. Seguramente, el constituyente permanente siguió la lógica de dotar de legitimidad a la minoría del órgano parlamentario creador de la norma; sin embargo, esta lógica no debió haberse aplicado de la misma forma a los tratados, ya que se trata de una fuente del ordenamiento jurídico con rasgos propios, distinta a las leyes e incluso dotadas, según tesis aisladas recientes de la SCJN,²⁵ de jerarquía normativa superior a éstas.

El constituyente permanente excluyó de legitimación procesal a las minorías parlamentarias de la Cámara de Diputados que, en el momento de la reforma constitucional, era el único órgano legislativo verdaderamente plural y, por lo tanto, el único donde podría reunirse el porcentaje de parlamentarios requeridos para instar este proceso constitucional. La legitimación de una parte de la Cámara de Diputados podía haberse justificado entonces, como en la actualidad, si tenemos en cuenta que los tratados pueden referirse a materias de ley que la Constitución confiere para su desarrollo a ambas Cámaras del Congreso General. Empero, quizá lo más conveniente para fortalecer el control parlamentario de los tratados deba pasar por facultar a ambas Cámaras del Congreso para aprobarlos²⁶ y, a la vez, ampliar la legitimación para impugnar la inconstitucionalidad de los tratados a un grupo de diputados.

²⁵ Hasta el momento la SCJN ha emitido dos tesis aisladas reiterando la jerarquía de los tratados sobre las leyes generales, federales y locales, estas decisiones son: Tesis Aislada IX/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXV, 9a. época, Pleno, abril de 2007, p. 6; Tesis Aislada LXXVII/99, *Semanario Judicial de la Federación*, t. X, 9a. época, Pleno, noviembre de 1999, p. 46.

²⁶ Valga decir que México es el único país de América Latina que teniendo un órgano legislativo bicameral el control parlamentario de los tratados se atribuye exclusivamente al Senado. Esta situación solamente subsiste en Filipinas y en Estados Unidos, no obstante en este último corresponde al Congreso (Cámara de Representantes y Senado) la aprobación de tratados sobre aranceles y eliminación de barreras no arancelarias, véase: Palacios Treviño, *Tratados. Legislación y práctica en México*, 4a. ed., México, Secretaría de Relaciones Exteriores-Universidad Iberoamericana, 2007, p. 152. Así, pues, una buena parte de la doctrina constitucional mexicana se viene pronunciando por volver al sistema de control parlamentario de los tratados por las dos Cámaras del Congreso General, al respecto véase: Valadés, Diego, *El control del poder*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2000, pp. 394-397; Palacios Treviño, Jorge, *Tratados. Legislación y práctica en México*, cit., pp. 152-155; Hernández Licona, Juan Manuel, “¿Son actualmente sostenibles las razones que existieron para otorgar al Senado la facultad exclusiva de aprobar los tratados internacionales?”, *Quórum Legislativo*, núm. 84, enero-marzo 2006, pp. 97-152.

3. *El tamaño de la minoría*

La Constitución otorgó a una minoría senatorial calificada —33% de los senadores— la legitimación para instar la acción de inconstitucionalidad sobre tratados, aunque debemos decir que la Constitución prevé el mismo porcentaje de parlamentarios en la Cámara Diputados o en el Senado para instar este proceso constitucional contra leyes. Así, en este aspecto, el constituyente permanente mexicano siguió el modelo de las Constituciones austriaca y alemana.²⁷

La exigencia de una minoría senatorial calificada ha constituido un factor restrictivo para el impulso de la acción abstracta de inconstitucionalidad por sujetos parlamentarios.²⁸ El porcentaje de miembros que exige la Constitución como legitimación para interponer las acciones es alto, si tomamos en cuenta el nivel de desarrollo de las oposiciones y su presencia como minorías en los órganos legislativos,²⁹ y aun cuando ha habido avances notables en la consecución de una composición más plural de los órganos legislativos, ciertamente habría sido más saludable requerir una minoría senatorial más fácil de construir, pues si consideramos que desde la llegada del pluralismo político al Senado en el año 2000, las decisiones se toman generalmente por el acuerdo de dos de las tres fuerzas políticas más grandes ahí representadas (PAN, PRI y PRD), las posibilidades de reunir el 33% de senadores se reduce en demasía para las otras fuerzas políticas significativamente minoritarias.³⁰ Podrían darse

²⁷ En Austria el Tribunal Constitucional se pronunciará sobre la constitucionalidad de un tratado a instancia de un gobierno regional o un tercio de los miembros del Consejo Nacional —*Nationalrat*— (artículos 140 a) y 140.1). En Alemania la Constitución habilita a un tercio de los miembros del *Budestag* a instar ante el Tribunal Constitucional el control abstracto de inconstitucionalidad sobre una ley o un tratado internacional (artículo 93.1.2).

²⁸ El doctor Carpizo advirtió pronto que el porcentaje de parlamentarios exigidos para instar la acción de inconstitucionalidad era bastante restrictivo, aunque celebró que el Senado haya propuesto el 33% y no el 45% que proponía el Ejecutivo en la iniciativa de reforma constitucional. Véase Carpizo McGregor, Jorge, “Reformas constitucionales al Poder Judicial Federal y a la jurisdicción constitucional, del 31 de diciembre de 1994”, *op. cit.*, p. 837.

²⁹ Fix-Fierro, Héctor, *op. cit.*, p. 54.

³⁰ En 1997 la mayoría de los 128 escaños del Senado se concentraban en el PRI (77 senadores que representaba el 60.15%), el PAN (33 senadores que representaba el 25.78%) y el PRD (16 senadores que representaba el 12.50%). En las elecciones del año 2000 la situación no fue diferente, el PRI consiguió 60 senadores (46.88%), el PAN obtuvo 46 (35.94%) y el PRD consiguió 15 (11.72%). En las elecciones de 2006 el Senado adquirió una composición más plural, pero aún así cualquier intento de control de la

distintas combinaciones para conseguir el porcentaje exigido, ya que la legitimación procesal se otorga a un grupo de senadores y no a los grupos parlamentarios; sin embargo, la férrea disciplina de partido imperante y la alianza legislativa más o menos duradera entre el PRI y el PAN disminuye efectivamente las posibilidades de instar el control de constitucionalidad.

En el derecho constitucional comparado podemos encontrar ejemplos de minorías parlamentarias más estrechas para instar el control abstracto de constitucionalidad de los tratados. Por ejemplo, en Portugal (artículo 281.2) los sujetos parlamentarios facultados para instarlo son una décima parte de los diputados de la Asamblea de la República (inciso *f*), el presidente de la Asamblea de la República (inciso *b*), las asambleas legislativas regionales o una décima parte de los diputados a las respectivas asambleas legislativas regionales, cuando la petición de declaración de inconstitucionalidad fuere por razón de violación de los derechos de las regiones autónomas (inciso *g*). En España la Constitución menciona entre los sujetos legitimados para plantear el recurso de inconstitucionalidad “contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley” a cincuenta diputados o cincuenta senadores (artículo 162.1 a), lo que supone una séptima parte del Congreso y aproximadamente una quinta parte del Senado.

En América Latina, por ejemplo, en Perú pueden interponer la acción de inconstitucionalidad sobre tratados el 25% de los congresistas (artículo 203.4). Pero quizás el paradigma más digno de analizar en profundidad en el constitucionalismo latinoamericano es la inclusión de un control previo de constitucionalidad de los tratados en varios textos constitucionales. Empero, volviendo al análisis de nuestro ordenamiento constitucional, creemos pertinente que el constituyente permanente revise a la baja el porcentaje de senadores requeridos para instar la acción de inconstitucionalidad respecto a los tratados, quizá legitimar para impulsarla a 25 senadores (19.53%) sería una medida que involucraría a minorías senatoriales que hasta ahora, por su evidente inferioridad numérica, carecen de cualquier instrumento para defender la supremacía constitucional.

legislación o los tratados requiere inexorablemente el apoyo de al menos uno de los tres grandes partidos políticos. El PAN tiene 51 senadores (39.84%), el PRI 32 (25.00%), el PRD 26 (20.31%), PVEM 6 (4.68%), Convergencia 5 (3.90%), el PT 5 (3.90%) y 3 senadores sin grupo (2.34%).

4. *Los inconvenientes y riesgos que implica el control abstracto de constitucionalidad de los tratados a posteriori*

Evidentemente el poder reformador de la Constitución mexicana se decantó por el establecimiento de un sistema de control reparador o a *posteriori* de la constitucionalidad de los tratados. Seguramente influyendo en ello, como ha advertido Remiro Brotóns, el arrastre histórico de los controles reparadores de la constitucionalidad de las leyes, debido a la frecuente equiparación del tratado a la ley, el ropaje legal habitual en muchas de las autorizaciones parlamentarias de conclusión de tratados y la tradición o fortuna de concepciones dualistas acerca de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno.³¹

Este hecho no es para nada afortunado si tomamos en cuenta que el tratado es una norma *sui generis*, una norma de carácter internacional incorporada al ordenamiento jurídico interno, con un ámbito espacial y de validez más amplio al que poseen todas las otras fuentes del ordenamiento jurídico nacional, y que se encuentra sometida para su modificación y abrogación a normas, procedimientos e instituciones de carácter internacional. Así, pues, el derecho internacional constituye un sistema autónomo —no disponible enteramente por el derecho nacional— de producción de normas eventualmente integrantes de los ordenamientos internos.³² Sin embargo, el tratado, como cualquier otra fuente del ordenamiento jurídico interno, debe estar sujeto a los controles políticos y jurisdiccionales que garanticen su correspondencia con la norma suprema, pero dichos controles deben ser los idóneos para salvaguardar la Constitución y al mismo tiempo eliminar cualquier posibilidad de conflicto entre ésta y el derecho internacional general y convencional, esto es, se debe buscar y mantener la seguridad y estabilidad de los compromisos internacionales.

Es verdad que hace algunos años se pensaba que el problema planteado por la relación entre el derecho internacional y la Constitución era puramente teórico y académico.³³ Hoy, ciertamente no se puede mantener esa opinión. La propia inclusión de los tratados dentro del plexo normativo que puede ser objeto de declaración de inconstitucionalidad patentiza la posibilidad de conflicto entre la Constitución y el tratado. No

³¹ Remiro Brotóns, Antonio, “Comentario al artículo 95”, *op. cit.*, p. 601.

³² Requejo Pagés, Juan Luis, “Consideraciones en torno a la posición de las normas internacionales en el ordenamiento español”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 12, núm. 34, enero-abril de 1992, pp. 44 y ss.

³³ Visscher, Paul de, “Les tendances internationales des constitutions modernes”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 80-I, 1952, p. 545.

obstante, la ausencia de cualquier precedente jurisdiccional al respecto, nos condena irremediablemente a seguir dentro del ámbito de los problemas teórico-académicos; por lo tanto, trasladando la hipótesis normativa a la “realidad”, debemos preguntarnos ¿qué sucedería si la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinara que un tratado es total o parcialmente inconstitucional?

Desde la perspectiva exclusiva de nuestro derecho constitucional una sentencia de la SCJN declarando la inconstitucionalidad de todo o algunas de las disposiciones del tratado, lleva aparejada indefectiblemente la nulidad de los preceptos impugnados, salvaguardando así la supremacía constitucional y la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico nacional.³⁴ Empero, desde la perspectiva del derecho internacional, una declaratoria de inconstitucionalidad de la SCJN en nada afecta la validez o vigencia de la norma internacional. Así, la falta de correspondencia entre la vigencia interna y la vigencia internacional del tratado, estando ausente la primera y permaneciendo la segunda, va a generar, casi sin lugar a dudas y salvo contadas excepciones, la responsabilidad internacional del Estado, pues evidentemente una de las partes no puede disponer unilateral y libremente del mismo, ni siquiera porque así lo disponga el máximo intérprete de la norma fundamental.³⁵

El Estado se encuentra vinculado por la existencia de la norma *ius cogens* internacional *pacta sunt servanda*,³⁶ lo que le obliga a cumplir sus compromisos de buena fe, pero además le impide invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado (artículos 26 y 27 Convención de Viena). De tal suerte, una declaración de inconstitucionalidad de la SCJN respecto a alguna de las disposiciones de un tratado implica inexorablemente que el Estado mexicano incumpla con

³⁴ En el ordenamiento jurídico alemán, como en otras legislaciones europeas, se disocia la declaración de inconstitucionalidad de la nulidad de la norma impugnada, pues en este ordenamiento la declaración de inconstitucionalidad no lleva necesariamente aparejada la nulidad de la misma. Los artículos 31 y 79 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán establecen que “*las sentencias estimatorias pueden declarar la inconstitucionalidad y la nulidad de una disposición o limitarse a constatar solamente la mera inconstitucionalidad*” (énfasis añadido). Véase Aja, Eliseo y González Beilfuss, M., “Conclusiones generales”, en Aja, Eliseo (coord.), *Las tensiones entre el tribunal constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998, pp. 274 y ss.

³⁵ Gómez Fernández, Itziar, *Conflicto y cooperación entre la constitución española y el derecho internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 266 y ss.

³⁶ Sobre los principios que rigen el derecho de los tratados, véase: Méndez-Silva, Ricardo, “Los principios del derecho de los tratados”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año 3, núm. 7, enero-abril de 1970, pp. 93-108.

obligaciones convencionales previamente asumidas, sobreviniendo la responsabilidad del Estado por la comisión de un hecho internacionalmente ilícito que implicaría la aplicación de sanciones proporcionales a los efectos ocasionados y exigiría una compensación por los daños causados.³⁷

En consecuencia, una sentencia de la SCJN declarando la inconstitucionalidad de normas convencionales internacionales, forzosamente obliga al Estado mexicano a proceder a su terminación, denuncia o retirada. La “crisis” del tratado o alguna de sus disposiciones deberá sujetarse entonces a las normas previstas en el propio tratado o las que disponen las Convenciones de Viena, pero en el supuesto de que no se acepte la denuncia o retirada del tratado, o la modificación o enmienda de las disposiciones inconstitucionales, el tratado o alguna de sus normas no serán excluidas del ordenamiento y su incumplimiento seguirá generando responsabilidad internacional

Los riesgos aquí expuestos son otra de las variables a considerar a la hora de intentar explicar por qué la minoría senatorial y demás sujetos legitimados para interponer la acción de inconstitucionalidad sobre tratados, no han impulsado hasta el momento ningún procedimiento de este tipo. Está claro que rechazamos la idea de que los más de dos mil tratados que ha celebrado el Estado mexicano sean completamente constitucionales. Seguramente alguno o algunas de sus disposiciones son violatorias de nuestra norma fundamental. Por lo tanto, para evitar falsear la supremacía constitucional, nuestro derecho constitucional debe contar con los instrumentos adecuados para eliminar las posibilidades de conflicto suprimiendo toda posibilidad de revisar la constitucionalidad de los tratados después de su entrada en vigor internacional. Ciertamente requerimos, como ha expuesto Remiro Brotons para su país:

Una malla de eficaces recursos profilácticos, experimentables antes de la conclusión del tratado, susceptibles de ser experimentados con prudencia y generosidad, suficientes para abortar las arbitrariedades del Ejecutivo o el abuso de las mayorías, debería permitir, sin romper el equilibrio, la consagración como presunción *iuris et de iure* de la constitucionalidad de los tratados en vigor. No se trata de tronchar el control democrático sino de localizarlo en el

³⁷ Roa Ortiz, Emmanuel, “Tratados internacionales y control previo de constitucionalidad: Una propuesta para evitar que la impartición de justicia sea motivo de responsabilidad internacional para el Estado mexicano”, en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coords.), *Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, t. I, México, UNAM, 2001, p. 189.

momento oportuno para que los intereses del orden internacional no sean preferidos ni avasallados.³⁸

Los graves problemas y consecuencias internacionales que pueden derivar del ejercicio del control a *posteriori* de la constitucionalidad de los tratados, nos conducen necesariamente a plantear la necesidad de rediseñar la acción de inconstitucionalidad como un instrumento de control de carácter previo, sujeto a plazos breves que eviten empantanar la actividad convencional internacional del Estado mexicano, pero que garantice la supremacía de la Constitución. Un instrumento procesal de tal particularidad vivificaría el derecho de impulso de la minoría senatorial y, a la vez, abriría un haz de posibilidades para ampliar los sujetos legitimados a instar el control de constitucionalidad de los tratados, sin el riesgo de que una eventual declaración de inconstitucionalidad de la SCJN nos coloque en los supuestos de la responsabilidad internacional.

IV. EL IMPULSO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS POR LAS LEGISLATURAS LOCALES A TRAVÉS DE LA CONTROVERSIAS CONSTITUCIONAL

La controversia constitucional es el instrumento de defensa de la Constitución de más honda raíz en nuestra historia constitucional. Este instrumento procesal, inspirado en el artículo III, sección 2, de la Constitución federal de los Estados Unidos de América, surgió con el objeto de garantizar el equilibrio de las facultades de la federación y de las entidades federativas señaladas en la carta federal. En nuestro país el primer antecedente de la actual controversia constitucional, aunque atribuido en exclusiva a un órgano político —el Supremo Congreso—, lo localizamos en la Constitución de Apatzingán de 1814. Empero, fue en la Constitución de 1824 en la que por vez primera se atribuyó a la Corte Suprema de Justicia la facultad para conocer de las diferencias que pueda haber entre dos estados de la federación (artículo 137).³⁹

³⁸ Remiro Brotóns, Antonio, “La constitucionalidad de los tratados internacionales y su control por el Tribunal Constitucional”, en varios autores, *El Tribunal Constitucional*, vol. III, Madrid, Dirección General de los Contenciosos del Estado-Instituto de Estudios Fiscales, 1981, p. 2249.

³⁹ Sobre los antecedentes de la actual configuración constitucional y legal de la controversia constitucional véase: Cossío Díaz, José Ramón, *La controversia constitucio-*

La Constitución de 1917 en su artículo 105 y los reglamentos de las diversas leyes orgánicas del Poder Judicial de la Federación, entre otros ordenamientos, otorgaron al Pleno de la SCJN la facultad de resolver en única instancia de los conflictos que podían suscitarse entre dos o más entidades federativas; entre los poderes de una misma entidad sobre la constitucionalidad de sus actos; de las controversias que se suscitaban por leyes o actos de autoridad federal que vulneraran o restringieran la soberanía de los estados, o por leyes o actos de autoridad de éstos que invadieran la esfera de la autoridad federal; de los que surgieran entre una entidad federativa y la federación y, finalmente, aquellos en los que la federación fuese parte, cuando a juicio del mismo Tribunal en pleno se considerasen de importancia trascendente para los intereses de la nación, oyendo el parecer del procurador general de la República (artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal de 1988).

Durante la etapa que va de 1917 a diciembre de 1994, en que se reformó y adicionó sustancialmente, dicho precepto apenas se aplicó, ya que cuando se produjeron diferencias jurídicas entre el gobierno federal y alguno de los estados, se resolvieron sobre todo por medio de procedimientos y por órganos de carácter político.⁴⁰ La reforma constitucional al artículo 105 del 31 de diciembre de 1994 introdujo importantes modificaciones al texto anterior, pues se amplió considerablemente el ámbito de las controversias constitucionales. Así, en la actualidad los supuestos previstos en la fracción I del artículo 105 constitucional pueden resumirse, como ha expuesto Cossío Díaz, en tres supuestos: en primer lugar, los conflictos entre diversos órdenes normativos —los de la federación frente a los de los estados o los de los estados entre sí, por ejemplo— respecto de una materia prevista en la Constitución o en cualquier otra norma, o con motivo de la realización de un acto concreto; segunda, los conflictos entre órganos de un mismo orden jurídico respecto de una cuestión constitucional o legal, y tercera, los conflictos entre órganos de un mismo orden jurídico con motivo de una diferencia de carácter constitucional o legal.⁴¹

Es evidente que a través de la controversia constitucional se busca salvaguardar el orden constitucional y someter los dos órdenes parciales

nal, México, Porrúa, 2008, pp. 59 y ss. Del mismo autor también véase: “El artículo 105 constitucional”, en Ferrer Mc-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., t. II, México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2003, pp. 975 y ss.

⁴⁰ Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 1998, p. 74.

⁴¹ Cossío Díaz, José Ramón, “El artículo 105 constitucional”, *cit.*, pp. 974 y 975.

esenciales de todo Estado federal —el federal y el local— a la propia Constitución; asimismo se busca resguardar el principio de división de poderes que es una forma de asignación de atribuciones entre órganos pertenecientes a un mismo orden normativo.⁴²

La vigente regulación constitucional y legal de la controversia constitucional dispone como objeto de control “los actos y disposiciones generales” (fracción I del artículo 105 de la CPEUM y reiterado en la fracción IV del artículo 22 y en la fracción I del artículo 41 de la LR105), a diferencia de la regulación anterior que se refería a “leyes u actos de autoridad”, que a todas luces excluía una serie de normas generales distintas a las leyes como era el caso de los tratados internacionales. Aun cuando entre los estudiosos de la reforma constitucional del artículo 105 nunca se puso en duda que los tratados internacionales estaban incluidos dentro del enunciado “disposiciones generales” y, por lo tanto, constituían nor-

⁴² El texto vigente de la fracción I del artículo 105 de la CPEUM relativo a la controversia constitucional, reza: “La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

I. De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral y a lo establecido en el artículo 46 de esta Constitución, se susciten entre:

- a) La Federación y un Estado o el Distrito Federal;
- b) La Federación y un municipio;
- c) El Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente, sean como órganos federales o del Distrito Federal;
- d) Un Estado y otro;
- e) Un Estado y el Distrito Federal;
- f) El Distrito Federal y un municipio;
- g) Dos municipios de diversos Estados;
- h) Dos Poderes de un mismo Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;
- i) Un Estado y uno de sus municipios, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;
- j) Un Estado y un municipio de otro Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; y
- k) Dos órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.

Siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales de los Estados o de los municipios impugnadas por la Federación, de los municipios impugnadas por los Estados, o en los casos a que se refieren los incisos c), h) y k) anteriores, y la resolución de la Suprema Corte de Justicia las declare inválidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos.

En los demás casos, las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia tendrán efectos únicamente respecto de las partes en la controversia”.

mas objeto de control.⁴³ Empero, debieron transcurrir casi diez años para que la SCJN tuviera la oportunidad de pronunciarse al respecto y despejar cualquier duda al resolver la controversia constitucional 33/2002, de la cual derivó la tesis jurisprudencial 84/2004, en la que expresamente el Pleno reconoció que los tratados "... son susceptibles de control constitucional a través de la controversia que establece la fracción I del artículo 105 constitucional...".⁴⁴ En efecto, las normas convencionales internacionales una vez incorporadas al derecho interno tienen validez general y, por ende, alguna de sus disposiciones puede afectar las competencias que la Constitución atribuye a órganos de las entidades federativas.

En consecuencia, la nueva regulación constitucional y la posterior interpretación de la SCJN ha hecho posible que órganos de los órdenes normativos locales puedan impugnar a través de esta vía procesal la inconstitucionalidad de los tratados internacionales celebrados por el presidente de la República y aprobados por el Senado, como sucedió al admitir y resolver la controversia constitucional 33/2002 presentada por el entonces jefe de gobierno del Distrito Federal, para demandar la invalidez de la reserva expresa formulada por el Estado mexicano al decreto por el que se aprobó la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, publicado en el DOF el 18 de enero de 2002, así como la invalidez de la fe de erratas a dicho decreto, en la parte que enuncia la declaración interpretativa sobre dicha Convención.⁴⁵

⁴³ Al respecto el profesor Fix-Zamudio rápidamente aclaró que por la frase "disposiciones generales" debía entenderse referente a disposiciones normativas generales de cualquier naturaleza (leyes, reglamentos y tratados internacionales), con la excepción de normas o actos en materia electoral que por prohibición constitucional no es posible impugnar a través de la controversia constitucional. Véase Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, cit., p. 78. La SCJN se ha pronunciado al resolver la controversia constitucional 82/2002 por la imposibilidad de impugnar a través de este instrumento procesal las normas generales derivadas del proceso de reformas constitucionales. Al respecto véase la Tesis Jurisprudencial 40/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9ª época, Pleno, t. XVI, septiembre de 2002, p. 997.

⁴⁴ Véase Tesis Jurisprudencial 84/2004, bajo el rubro: "Tratados Internacionales. Son normas generales y, por tanto, son impugnables en controversia constitucional", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, Pleno, t. XX, septiembre de 2004, p. 1258.

⁴⁵ La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzosa fue adoptada en la Cd. de Belem, Brasil, el 9 de junio de 1994, y estuvo motivada por el hecho de que en el continente americano subsiste la desaparición forzada de personas, lo que constituye un crimen de lesa humanidad contraria a los principios y propósitos de la Organización de los Estados Americanos. Los países americanos adoptaron esta Convención con la esperanza de que contribuya a prevenir, sancionar y suprimir ese delito en el hemisferio

Otra de las cuestiones que subyace respecto a la impugnación de disposiciones generales y, por ende, de normas convencionales internacionales a través de la controversia constitucional, es la indeterminación de los órganos o sujetos pertenecientes a los ordenamientos jurídicos legitimados para ser parte de este proceso constitucional y que refieren los incisos *a* y *b* de la fracción I del artículo 105 constitucional. Dichas disposiciones se limitan a determinar de modo genérico aquellos órdenes normativos entre los que puede surgir una controversia (“la federación y un estado o el Distrito Federal”, “la federación y un municipio”), pero no concreta cuáles órganos o sujetos pertenecientes a dichos órdenes normativos están legitimados activa (actor) y pasivamente (demandado) para representarlos e intervenir en ella. Por supuesto, de esta indefinición re-

y, además, constituya un aporte decisivo para la protección de los derechos humanos y el Estado de derecho. El entonces jefe de gobierno del Distrito Federal —Andrés Manuel López Obrador— solicitó la invalidez de la reserva expresa y la declaración interpretativa formulada por el gobierno mexicano sobre la mencionada Convención, por considerar que eran violatorias de los artículos 13, 14, 16, 17, 21 y 133 de la CPEUM. La reserva se formuló sobre el artículo IX de la Convención y textualmente reza: “Toda vez que la Constitución Política reconoce el fuero de guerra, cuando el militar haya cometido algún ilícito encontrándose en servicio. El fuero de guerra no constituye jurisdicción especial en el sentido de la Convención, toda vez que conforme al artículo 14 de la Constitución mexicana nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”. La parte actora impugnó esta reserva por considerar que hacía ineficaz las distintas normas jurídicas establecidas en el derecho común para sancionar el delito de desaparición forzada de personas, tanto en los artículos 215-A, 215-B, 215-C y 215-D del Código Penal Federal, como en el 281 del Código Penal para el Distrito Federal. Por su parte, la declaración interpretativa impugnada señalaba: “...se entenderá que las disposiciones de dicha Convención se aplicarán a los hechos que constituyan desaparición forzada de personas, se ordenen, ejecuten o cometan con posterioridad a la entrada en vigor de la presente Convención”. La parte actora consideró que dicha declaración interpretativa era violatoria del principio de irretroactividad de la ley, previsto en el artículo 14 constitucional, por excluir las desapariciones que se hayan efectuado antes de la entrada en vigor de la Convención, aun cuando tales desapariciones continúen y las órdenes sigan ejecutándose; por lo tanto, vulnera flagrantemente las atribuciones derivadas del Estatuto de Gobierno, de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia y de la legislación penal del Distrito Federal, que otorgan a los órganos ejecutivo y judicial, facultades para investigar, perseguir y sancionar la comisión del delito de desaparición forzada de personas. Finalmente, la SCJN rechazó los argumentos esgrimidos por la parte actora y confirmó la validez de la reserva y declaración interpretativa, formuladas por el Estado mexicano. Para un estudio detallado de la controversia constitucional 33/2002 y la resolución de la SCJN, véase: Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La retroactividad en el delito de desaparición forzada de personas y la prescripción en el de privación ilegal de la libertad*, México, SCJN-IIJ-UNAM, 2007.

sulta una amplitud de posibilidades: en cuanto a la identificación de esas partes, las posibles relaciones como actores o demandado entre los sujetos previamente identificados; la modalidad del control que va a ejercerse, y las peculiaridades que el “interés legítimo” (*lato sensu*) podría llegar a tener, en su caso, respecto de cada una de las parte”.⁴⁶

Por ahora, solo nos interesa responder al cuestionamiento que ha motivado este apartado y que se inscribe dentro del supuesto previsto en el inciso *a* de la fracción I del artículo 105 constitucional; es decir, ¿los órganos legislativos de las entidades federativas se enmarcan dentro del enunciado normativo “estado o el Distrito Federal” y, por ende, están legitimados para instar la controversia constitucional sobre normas convencionales internacionales?

En principio debemos decir que no existe ningún precedente judicial que concretamente haya dilucidado el supuesto que planteamos; es decir, hasta la fecha ninguno de los 31 congresos locales ni la Asamblea Legislativa del Distrito Federal han planteado controversia alguna contra la Federación por la celebración de un tratado internacional que atente contra las competencias que les asigna la Constitución. De hecho, como hemos apuntado anteriormente, el único caso de impugnación de normas convencionales internacionales ha sido la controversia constitucional 33/2002, en la que se reconoció expresamente la legitimación activa al jefe de gobierno del Distrito Federal. Por lo tanto, para responder a estas interrogantes debemos analizar la interpretación que la SCJN ha hecho del precepto constitucional para determinar la legitimación activa cuando el objeto de control han sido otras disposiciones generales (leyes, reglamentos, etcétera), así como los argumentos esgrimidos para reconocer la legitimación activa al jefe de gobierno del Distrito Federal.

La interpretación de la SCJN respecto a la legitimación activa en la controversia constitucional

Las partes en la controversia constitucional son el actor, el demandado, el tercero o terceros interesados y el procurador general de la República (artículo 10, LR105). En cuanto a la legitimación activa,⁴⁷ dicho precep-

⁴⁶ Cossío Díaz, José Ramón, “Las partes en las controversias constitucionales”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 16, enero-junio de 2007, pp. 90 y ss.

⁴⁷ La SCJN entiende por legitimación activa: “... la potestad legal para acudir al órgano jurisdiccional con la petición de que se inicie la tramitación del juicio o de una instancia. A esta legitimación se le conoce con el nombre de *ad procesum* y se produce

to legal se concreta a atribuir tal carácter a: “... la entidad u órgano que promueve la controversia” (fracción I). Así pues, ante tal generalidad, la SCJN ha ido concretando a través de sus decisiones y tesis jurisprudenciales, aquellos órganos y entidades que están legitimados para ser partes en la controversia constitucional. En lo que toca a la legitimación activa, en un primer momento consideró que ésta correspondía exclusivamente a los “órganos originarios” de cada uno de los niveles normativos a que se refiere la fracción I del artículo 105. De tal suerte, estaban legitimados: “... el Poder Ejecutivo Federal, el Congreso de la Unión, cualesquiera de las Cámaras de éste o la Comisión Permanente (Poderes Federales), los poderes de una misma entidad federada (Poderes Locales); y por último, los órganos de gobierno del Distrito Federal”.⁴⁸ Sin embargo, en fecha más reciente, nuestro máximo órgano jurisdiccional ha considerado que el citado precepto no debe interpretarse en un sentido literal o limitativo sino en armonía con el sistema federal y el principio de división de poderes.⁴⁹

En vista de lo anterior, y de que los congresos locales constituyen órganos primarios u originarios de la organización del poder público de los estados, como se desprende del artículo 116 de la CPEUM y lo reitera cada una de las Constituciones locales, podemos concluir que los órganos legislativos de cada una de las entidades federativas y la Asamblea del Distrito Federal —por supuesto, además del Poder Ejecutivo y el Judicial— son órganos facultados para representar al ordenamiento jurídico local y, por ende, se enmarcan dentro de la legitimación genérica “estado o el Distrito Federal” que contempla la fracción I del artículo 105.

La controversia constitucional se ha convertido en el instrumento de control de constitucionalidad más utilizado, pero no así para que las entidades federativas protejan su ámbito competencial, conferido por la Constitución, de posibles invasiones o afectaciones provenientes de normas convencionales internacionales celebradas por el Ejecutivo y el Senado. Las legislaturas locales están en posibilidad de activar este instru-

cuando el derecho que se cuestionará en el juicio es ejercitado en el proceso por quien tiene aptitud para hacerlo valer, a diferencia de la legitimación *ad causam* que implica tener la titularidad de ese derecho que se cuestionará, bien porque se ostente como titular de ese derecho o bien porque cuente con la representación legal de dicho titular. La legitimación *ad procesum* es requisito para la procedencia del juicio, mientras que la *ad causam*, lo es para que se pronuncie sentencia favorable”. Véase: Tesis Jurisprudencial 77/97, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, Segunda Sala, VII, enero de 1998, p. 351.

⁴⁸ Tesis Aislada LXXIII/98, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, Pleno, VIII, diciembre de 1998, p. 790.

⁴⁹ Tesis Jurisprudencial 21/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, Pleno, XXVI, diciembre de 2007, p. 1101.

mento procesal de defensa de la Constitución, aunque a diferencia de la acción de inconstitucionalidad, deben acreditar que las normas convencionales internacionales impugnadas afectan su ámbito de competencia.

Sin embargo, la controversia constitucional tiene dos limitaciones claramente perceptibles para hacer realmente efectiva la distribución competencial entre los distintos órganos del Estado mexicano. Por un lado, el efecto *inter partes* de la sentencia, pues recordemos que expresamente el último párrafo de la fracción I del artículo 105 constitucional prevé que la resolución tendrá únicamente efecto entre las partes en la controversia, lo que evidentemente significa que una norma convencional declarada inconstitucional podrá seguir teniendo vigencia con respecto a otras entidades federativas que no la hayan impugnado, bien como actores o terceros interesados. Por otra parte, adolece del mismo defecto de la acción de inconstitucionalidad, es decir, se trata de un instrumento procesal constitucional que solo puede impugnarse una vez que la norma convencional internacional forma parte del ordenamiento jurídico interno. Así las cosas, sería preferible que este instrumento procesal de salvaguarda de la Constitución se rediseñara como de carácter previo a la manifestación del consentimiento del Estado mexicano para obligarse por el tratado.

V. CONCLUSIÓN

El control parlamentario de los tratados internacionales se complementa y refuerza con el control jurisdiccional, que no pretende sustituir la voluntad de la mayoría senatorial sino proteger a la minoría de cualquier abuso que violente sus derechos fundamentales y rompa el orden constitucional.

La minoría senatorial posee un “derecho de impulso” que constituye el fundamento de un proceso constitucional de carácter objetivo, como lo es todo control jurisdiccional, pero a su vez es expresión extraparlamentaria del control intraorgánico que discurre en sede parlamentaria a través de la dialéctica mayoría-minoría y, sin duda, se trata del instrumento de control más contundente y eficaz en manos de una minoría del Senado para instar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación a revisar y pronunciarse sobre la constitucionalidad de un tratado.

Al aumento expansivo del derecho convencional internacional no ha correspondido un consecuente control de constitucionalidad por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, debido a la ausencia de impulso por los sujetos legitimados para activarlo. La legitimación de órganos

parlamentarios para impulsar la acción de inconstitucionalidad es restrictiva. Solo una minoría del Senado puede impugnar la constitucionalidad de un tratado aprobado por la mayoría y concluido por el presidente. Nuestra norma fundamental debería reformarse para legitimar a una minoría de la Cámara de Diputados e incluso a órganos parlamentarios de las entidades federativas.

El número de senadores exigidos para impulsar la acción de inconstitucionalidad sobre tratados es sumamente alto e imposibilita la dinamización de este instrumento objetivo de defensa de la Constitución. El constituyente permanente debería revisar a la baja el porcentaje de 33% de senadores para incentivar el control de constitucionalidad de los tratados. Los congresos locales están legitimados para interponer controversia constitucional contra normas convencionales internacionales celebradas por el Ejecutivo y el Senado.

El impulso del control de constitucionalidad de los tratados, sea a través de la acción o la controversia constitucional, también está limitado por la confrontación forzosa que puede surgir con las normas de derecho internacional. La impugnación *a posteriori* del instrumento convencional internacional invariablemente puede colocar al Estado mexicano en los supuestos de la responsabilidad internacional, con la consecuente pérdida de credibilidad en el ámbito internacional por no hacer honor a los compromisos asumidos. Lo más conveniente sería modificar el diseño constitucional de control de la acción de inconstitucionalidad para convertirlo en un procedimiento de control previo a la manifestación definitiva del consentimiento del Estado mexicano para obligarse por el tratado.

VI. FUENTES DE CONSULTA

ARAGÓN REYES, Manuel, *Constitución y control del poder*, Ed. Ciudad Argentina, Aires, Buenos 1995.

ASTUDILLO REYES, César Y CARBONELL, Miguel (coords.), *Las comisiones de derechos humanos y la acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM, 2007.

BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México, UNAM, 2005.

BREWER-CARIAS, Allan R., “Nuevas reflexiones sobre el papel de los tribunales en la consolidación del Estado democrático de derecho: defensa de la Constitución, control del poder y protección de los derechos

- humanos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 13, t. I, Uruguay, 2007.
- CABO MARTÍN, Carlos de, “Estado y Estado de derecho en el capitalismo dominante: aspectos significativos del planteamiento constitucional español”, *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*, México, UNAM, 1997.
- CAPELLETTI, Mauro, “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 6, núm. 17, mayo-agosto de 1986.
- CARPIZO MCGREGOR, Jorge, “Reformas constitucionales al Poder Judicial Federal y a la jurisdicción constitucional, del 31 de diciembre de 1994”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XXVIII, núm. 83, mayo-agosto de 1995, pp. 807-842.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, “El artículo 105 constitucional”, en FERRER MC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., t. II, México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2003.
- , “Las partes en las controversias constitucionales”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 16, enero-junio 2007.
- , *La controversia constitucional*, México, Porrúa, 2008.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La formación del sistema europeo de justicia constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso, “Prólogo”, en TORRES MURO, Ignacio, *Los órganos de gobierno de las cámaras*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987.
- FIX-FIERRO, Héctor, “La defensa de la constitucionalidad en la reforma judicial de 1994”, varios autores, *La reforma constitucional en México y Argentina (Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica 19)*, México, UNAM-Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 1996.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Introducción al estudio de la defensa de la constitución en el ordenamiento mexicano*, 2a. ed., México, UNAM, 1998.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar, *Conflicto y cooperación entre la Constitución Española y el Derecho Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- HAMILTON, JAY Y MADISON, *El federalista*, prólogo y traducción de Gustavo R. Velasco, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- HERNÁNDEZ LICONA, Juan Manuel, “¿Son actualmente sostenibles las razones que existieron para otorgar al Senado la facultad exclusiva de aprobar los tratados internacionales?”, *Quórum Legislativo*, núm. 84, enero-marzo 2006, pp. 97-152.

- KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, Granada, Comares, 2002.
- _____, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán México, UNAM, 2001.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “El control parlamentario por el tribunal constitucional”, *Anuario Jurídico de la Rioja*, núm. 2, 1996.
- MÉNDEZ SILVA, Ricardo, “Los principios del derecho de los tratados”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año 3, núm. 7, enero-abril 1970.
- MONTILLA MARTOS, José A., *Minoría política y Tribunal Constitucional*, Madrid, Trotta, 2002.
- PALACIOS TREVIÑO, Jorge, *Tratados: legislación y práctica en México*, 4a. ed., México, Secretaría de Relaciones Exteriores-Universidad Iberoamericana, 2007.
- PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, 10a. ed., Madrid, Marcial Pons, 2005.
- REMIRO BROTONS, Antonio, “Comentario al Artículo 95”, en ALZAGA VILLAMIL, Oscar (dir.) *et al.*, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. VII, Madrid, Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, 1995, pp. 595-651.
- _____, “La constitucionalidad de los tratados internacionales y su control por el Tribunal Constitucional”, en varios autores, *El Tribunal Constitucional*, vol. III, Madrid, Dirección General de los Contencioso del Estado-Instituto de Estudios Fiscales, 1981, pp. 2231-2267.
- REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, “Consideraciones en torno a la posición de las normas internacionales en el ordenamiento español”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 12, núm. 34, enero-abril 1992.
- ROA ORTIZ, Emmanuel, “Tratados internacionales y control previo de constitucionalidad: Una propuesta para evitar que la impartición de justicia sea motivo de responsabilidad internacional para el Estado mexicano”, en VALADÉS, Diego y GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo (coords.), *Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, t. I, México, UNAM, 2001, pp. 175-207.
- RODRÍGUEZ ZAPATA, Jorge, *Constitución, tratados internacionales y sistema de fuentes del Derecho*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1976.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, “El control parlamentario”, *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid, CEC, 1997.
- SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, “La reforma de 1994 a la justicia constitucional en México”, en BAZÁN, Víctor (coord.), *Desafíos del control*

- de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996.
- STEINBERGER, Helmut, “Algunos rasgos fundamentales de la justicia constitucional en la República Federal de Alemania”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 51, mayo-junio de 1986.
- VALADÉS, Diego, *El control del poder*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2000.
- VISSCHER, Paul de, “Les tendances internationales des constitutions modernes”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, vol. 80, 1952, núm. 1.

NUEVAS REGLAS PARA LA SUPLENCIA PRESIDENCIAL

Mario MELGAR ADALID*

A la memoria de mi amigo Jorge Carpizo

SUMARIO: I. *Nota introductoria.* II. *La suplencia presidencial en las Constituciones mexicanas.* III. *Las reformas al esquema de suplencia presidencial de 1917.* IV. *La reforma de 2012.* V. *Vicepresidencia, una mirada al sistema estadounidense.*

I. NOTA INTRODUCTORIA

La suplencia presidencial fue un tabú en el constitucionalismo del siglo XX mexicano. Una cortesía mal entendida hacía del tema un asunto escondido, apartado de los afanes renovadores y reformistas del texto constitucional, que no fueron pocos durante el régimen revolucionario. Ya en este siglo, en la última etapa de gobierno de Felipe Calderón se planteó ante el Constituyente Permanente la reforma que estableció nuevas reglas para el improbable, indeseable, pero posible supuesto de falta del titular del Ejecutivo Federal. En este trabajo se revisan las distintas soluciones de los textos constitucionales a la hipótesis de la ausencia presidencial y el entorno político y jurídico en que tales normas se generaron. El trayecto histórico jurídico muestra la tendencia de legisladores mexicanos tanto de adoptar disposiciones constitucionales del sistema estadounidense, que tanto influyó al constitucionalismo mexicano en ciernes, como propuestas vernáculos surgidas para resolver crisis o para adelantarse a los problemas que podrían surgir en el terreno político.

Los artículos 83, 84 y 85 constitucionales fueron reformados para establecer nuevas reglas que impidan una catástrofe política o una crisis

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; miembro del SNI.

constitucional de dimensiones insospechadas en el supuesto de la falta del presidente. Las razones para que estas reformas no hubieran ocurrido antes derivan de las características del régimen político de partido único, o prácticamente único, que operó en el país durante más de 70 años. Nadie hubiera osado plantear, nadie lo hizo al menos, reglas efectivas para resolver la falta del presidente. Se consideraba que hacerlo significaría una descortesía política. La solución anterior a la reforma de 2012, resultó en su momento adecuada, en tanto el Congreso respondía a una sola línea, sin que pudiera darse un resquebrajamiento político en caso de la falta del presidente. Por otra parte, la mala experiencia histórica de la figura de la vicepresidencia en el siglo XIX mexicano fue determinante para que esta solución, que ha funcionado razonablemente bien en situaciones extremas en sistemas como el estadounidense, esté aparentemente proscrita en el sistema mexicano. No obstante, no queda suficientemente claro si el sistema que plantea la reforma de 2012 resuelve totalmente el problema de la repentina falta del titular del Ejecutivo Federal o si debe debatirse la conveniencia de instaurar la vicepresidencia sin resabios históricos y con madurez democrática. El tema de la suplencia toca el de la vicepresidencia que tan mala fortuna ha tenido en la historia de México, por lo que no obstante la reforma de 2012, incorporada al texto constitucional, queda como un pendiente a dilucidar con una nueva perspectiva.

II. LA SUPLENCIA PRESIDENCIAL EN LAS CONSTITUCIONES MEXICANAS

1. *De 1824 a 1857*

La suplencia presidencial tiene su primer antecedente en la Constitución de 1824 que estableció la vicepresidencia. México había adoptado un curioso sistema vicepresidenteal al crearse como un cargo atribuible al segundo candidato más votado en una elección. Efectivamente, como lo estipulaba la Constitución en caso de imposibilidad física o moral del presidente, todas las facultades y prerrogativas recaerían en un vicepresidente.¹ Este sistema fue copiado de la Constitución de los Estados Unidos, donde generó problemas políticos muy serios. La adopción de la vicepresidencia en la primera Constitución resultó inadecuada. La persona que obtuviera el mayor número de votos en una elección indirecta a cargo de electo-

¹ Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, artículo 75.

res designados por las legislaturas locales le correspondería desempeñar el cargo de presidente. El segundo lugar en votos recibidos se haría cargo de la vicepresidencia.² La experiencia histórica mostró lo inadecuado de este poco imaginativo sistema que favorecía las luchas entre las facciones y extendía las naturales tensiones que provocan los procesos electorales para que formaran parte de la institucionalidad. Los constitucionalistas mexicanos coinciden en lo pernicioso que resultó o puede resultar el sistema para la estabilidad nacional.³ Felipe Tena Ramírez por ejemplo, señala que la creación de la vicepresidencia como función autónoma no tenía nada de recomendable ya que el presidente tenía como sucesor nada menos que al candidato del partido contrario que podría convertirse en centro de intrigas y de políticas contrarias a las enarboladas por el presidente. Imaginemos, de haber subsistido este sistema, lo que hubiera ocurrido en las últimas elecciones entre quienes ganaron la presidencia y quienes obtuvieron el segundo lugar que hubieran fungido como los sucesores naturales en caso de falta presidencial.⁴ En Estados Unidos fue tan inadecuado que en 1803 el Congreso aprobó la Enmienda XII, ratificada al año siguiente.⁵

² *Ibidem*, artículo 85.

³ De la Madrid Hurtado, Miguel, *Estudios de derecho constitucional*, 2a. ed., México, Porrúa, 1980, p. 265; Valadés, Diego, “La substitución presidencial en México”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Derecho Constitucional, memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 872; Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 32a. ed., México, Porrúa, 1998, p. 451.

⁴ Las elecciones donde resultó triunfador Carlos Salinas y en segundo lugar Cuauhtémoc Cárdenas, la de Vicente Fox en que Francisco Labastida quedó en segundo lugar, pero particularmente las dos elecciones en que Andrés Manuel López Obrador, que nunca reconoció los resultados oficiales, perdió sucesivamente frente a Felipe Calderón y Enrique Peña Nieto.

⁵ Ratificada el 15 de junio de 1804. El texto dice lo siguiente: “Los electores se reunirán en sus respectivos Estados y, mediante boletas, votarán para elegir Presidente y Vicepresidente, de los cuales al menos uno deberá ser habitante del mismo Estado que ellos. Mencionarán en la boleta a persona votada para Presidente, y en boletas distintas a la persona por quien voten para Vicepresidente, y harán listas distintas de todas las personas votadas para Presidente y de todos aquéllos votos para Vicepresidente, y del número de votos para cada una; todas las listas se formarán, certificarán y enviarán selladas a la sede del Gobierno de los Estados Unidos, dirigidas al Presidente del Senado, quien abrirá, en presencia del Senado y de la Cámara de Representantes, todas las certificaciones, posteriormente los votos serán contados. La persona que obtenga el mayor número de votos para Presidente, será el Presidente, siempre y cuando dicho número represente la mayoría del número total de electores designados; y si nadie obtuviere dicha mayoría, de entre quienes tuvieran los números más altos, sin exceder de tres personas en la lista de aquéllos que fueron votados para Presidente, la Cámara de Representantes inmediatamente elegirá, mediante boletas, al Presidente. Se deberá tener en cuenta que al elegir al Presidente,

La Constitución de 1824 estableció, en imitación de lo contenido en la Constitución original de Estados Unidos sin tomar en cuenta la Enmienda Décima Segunda que ya había sido ratificada, el cargo de vicepresidente con los mismos elementos necesarios para la designación del presidente. Dispuso que ocuparía el cargo de vicepresidente el ciudadano que obtuviera el mayor número de votos en las elecciones generales después del que resultara electo presidente. En la primera República federal (1824-1835) fueron los casos que propiciaron las consecuentes desavenencias de Nicolás Bravo frente a Guadalupe Victoria, de Vicente Guerrero ante Manuel Gómez Pedraza, de Anastasio Bustamante contra el propio Guerrero. Era tan absurdo políticamente el sistema impuesto por la Constitución de 24 que conservadores luchaban contra liberales no solo en el Congreso sino en la contienda de la presidencia contra la vicepresidencia.

La Constitución de 1824 fue sustituida por el régimen centralista que implantó las Bases y Leyes Constitucionales de 1836. Este ordenamiento, conocido como las Siete Leyes centralistas, estableció un mecanismo más complicado que la solución de la Constitución anterior. La Constitución de 1836 no adoptó el sistema vicepresidencial. La sustitución del presidente debería hacerla el Senado al designar al presidente interino a propuesta en terna de la Cámara de Diputados.⁶ Este sistema fue desechado en el Congreso Constituyente de 1846-1847 que revisaba la viabilidad de regresar al sistema federal. Para la sustitución del presidente siguió el sistema de la Constitución de 1824, en el supuesto de que faltaren el presidente y el vicepresidente.

Conforme a este sistema para la elección del presidente y también para resolver su ausencia por muerte o destitución legal del mismo, el 16 de agosto del año anterior a la renovación, elegirán el presidente de la República en junta de Consejo de Ministros, el Senado y la Alta Corte de Justicia, cada uno una terna de individuos, y en el mismo día pasa-

la votación se hará por Estado, teniendo la representación de cada Estado un voto; el quórum para este propósito deberá formarse por un legislador o legisladores que representen las dos terceras partes de los Estados, y para tomar decisiones será necesaria la mayoría de los Estados. La persona que obtenga el mayor número de votos como presidente, será vicepresidente siempre y cuando dicho número represente la mayoría del número total de electores designados; y si nadie alcanzara la mayoría, entonces entre los dos nombre con más altos números en la lista, el Senado elegirá al vicepresidente; el quórum para este propósito será de las dos terceras partes del número total de senadores, y para tomar decisiones será necesaria la mayoría del mismo número total. Pero nadie que sea constitucionalmente inelegible para el cargo de presidente, podrá ser elegible para aquel de vicepresidente de los Estados Unidos.

⁶ Bases Constitucionales Expedidas por el Congreso Constituyente el 15 de Diciembre de 1835, Cuarta Ley Constitucional, artículo 11.

rán directamente a la Cámara de Diputados. Ésta, en el día siguiente, escogerá tres individuos de los especificados en dichas ternas y remitirá la terna resultante a todas las juntas departamentales. Éstas elegirán un individuo de los tres contenidos en la terna que se les remita, verificando su elección el 13 de octubre del año anterior a la renovación, y remitirán en pliego certificado el acto de elección, precisamente por correo próximo inmediato a la Secretaría de la Cámara de Diputados, siendo caso de responsabilidad para las juntas departamentales, la falta de cumplimiento a lo prevenido en este párrafo. El día quince inmediato del mes de diciembre se reunirán las dos Cámaras, abrirán los pliegos de actas que hubieren recibido, nombrarán una comisión especial de cinco individuos que las examine y califique las elecciones (solo por lo relativo a su validez y nulidad). Haga la regulación de los votos y presente el correspondiente dictamen. Discutido y aprobado dicho dictamen en el Congreso General reunido, se declarará presidente al que haya obtenido mayor número de votos, y en caso de igualdad la que designe la suerte, verificándose el sorteo y todo lo demás en la misma sesión.⁷

La sustitución por falta del presidente se resolvía de la siguiente forma: “En caso de vacante por muerte o destitución legal del Presidente de la República se procederá a las elecciones en los mismo términos dichos en el artículo 2o., designando el Congreso, por Decreto especial, el día en que cada una deba verificarse. Si la muerte o destitución aconteciere en el último año de su mando, se procederá a las elecciones de que habla el artículo siguiente”.⁸ El artículo a continuación consignaba que mientras se verificaba la elección y toma de posesión del presidente propietario, electo ordinaria y extraordinariamente, se nombraría un interino a partir de una terna que integrara la Cámara de Diputados. La terna se enviaría al Senado, cuerpo colegiado que escogería de entre la terna al individuo que sería designado presidente interino. Lo avisaría a la Cámara de Diputados y el Decreto del nombramiento se comunicaría al gobierno para su publicación y comunicación al interesado, señalándose el día para prestar el juramento.⁹

La siguiente ley fundamental del país se conoce como las Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843. Las Bases Orgánicas fueron expedidas por Antonio López de Santa Anna en su calidad de presidente

⁷ Bases y Leyes Constitucionales de la República (1836). Artículo 2 de la Ley Cuarta Organización del Supremo Poder Ejecutivo.

⁸ *Ibidem*, artículo 10.

⁹ *Ibidem*, artículo 11.

provisional y establecían un Consejo de Gobierno compuesto por diez y siete vocales nombrados por el presidente que tendría un papel crucial en las sustituciones. Estas disposiciones de corte centralista resolvieron la suplencia asignando la presidencia, en el supuesto de faltas temporales del presidente de la República, al presidente del Consejo. Si la falta o ausencia fuera mayor a quince días, el Senado elegiría a la persona que deba remplazar al presidente, la cual debería cumplir con los requisitos para ocupar el cargo. Si “la falta fuera absoluta y no ocurriera en el año que deba hacerse la renovación, se verificará la elección en el modo prevenido en los artículos 158 y siguientes, y el nombrado durará el tiempo que faltaba aquél en cuyo lugar entra”.¹⁰

Imaginativa resultó la solución consignada por el Acta de Reformas de 1847 que hizo retornar el sistema federalista al país y regresó la vigencia de la Constitución de 1824, tal y como la había externado Santa Anna —ahora federalista— en un manifiesto a la Nación. En caso de que el presidente o el vicepresidente estuvieran impedidos temporalmente se estaría a lo previsto en la Constitución de 1824, en el sentido de que la Cámara de Diputados nombraría un presidente interino.¹¹ Si el Congreso no estuviera reunido se depositaría el Poder Ejecutivo en el presidente de la Suprema Corte de Justicia y en dos individuos que elegirá la pluralidad absoluta de votos en el Consejo de Gobierno. El Acta de Reformas derogó los artículos de la Constitución de 1824 que establecían el cargo de vicepresidente. La falta temporal del presidente se cubriría por lo establecido en la propia Constitución, esto significaba que se crearía un Ejecutivo Colegiado.¹²

2. *La Constitución de 1857*

La Constitución de 1857 canceló la vicepresidencia autónoma pero estableció una regla que tuvo relevantes consecuencias en la historia de México: en las faltas temporales del presidente de la República, y en la absoluta mientras se presenta el nuevamente electo entrara a ejercer el poder el presidente de la Suprema Corte de Justicia.¹³ Los episodios en que se aplicó esta disposición mostraron que se trataba —como escribe Tena

¹⁰ Bases Orgánicas de la República Mexicana, artículo 104.

¹¹ Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, artículos 95 y 96.

¹² Acta de Reformas de 1847, artículo 11.

¹³ Constitución Política de la República Mexicana (1857), artículo 79.

Ramírez— en su sistema “tan malo como el de 1824” debido al carácter del Poder Judicial en cuanto a su independencia e imparcialidad. Benito Juárez, presidente de la Suprema Corte contra el presidente Ignacio Comonfort, Jesús González Ortega contra Juárez y Manuel Iglesias contra Sebastián Lerdo de Tejada.¹⁴

Esta disposición fue el factor decisivo para que Benito Juárez accediera a la presidencia de la República. Al renunciar Ignacio Comonfort a la presidencia, al haber desconocido la Constitución de 1857, misma que había jurado el 5 de febrero, Benito Juárez era el presidente de la Suprema Corte de Justicia. Adicionalmente, la Constitución de 1857 establecía en otro precepto que si por cualquier motivo la elección no estuviere hecha y publicada para el 1.º de diciembre, en que debería verificarse el remplazo presidencial o el electo no estuviere pronto a entrar en funciones, cesaría el antiguo y el Supremo Poder Ejecutivo se depositaría en el presidente de la Suprema Corte de Justicia.¹⁵ Esta disposición generó problemas políticos que ocuparon la atención nacional en las últimas tres décadas del siglo XIX. Uno de ellos ocurrió al término de la gestión presidencial de Sebastián Lerdo de Tejada, quien había llegado a la presidencia en virtud de la disposición contenida en el artículo 79. A la muerte del presidente Benito Juárez accedió al cargo en virtud de desempeñarse como presidente de la Suprema Corte. La Constitución de 1857 fijó en cuatro años el término de la gestión presidencial, lo que duraría hasta 1904 en que se amplió a seis años.

El presidente Lerdo intentó reelegirse, pero Porfirio Díaz le salió al paso con su Plan de Tuxtepec. El vicepresidente en ese momento era el presidente de la Suprema Corte de Justicia, el jurista José María Iglesias. Lerdo decidió reelegirse en condiciones muy difíciles para el país. Además de la crisis económica que agobiaba al gobierno, se dieron una revolución cristera en Michoacán en contra de las reformas de Lerdo, la rebelión tuxtepecana, encabezada por Porfirio Díaz y finalmente el movimiento legalista de Iglesias que reclamaba tanto su legitimidad como vicepresidente ante la perspectiva de que las elecciones no habían existido por las revueltas. Lo anterior lo pondría en la antesala de la presidencia que ocuparía interinamente el primer minuto del 1.º de diciembre al concluir su periodo el presidente Lerdo y no poder continuarlo en virtud de unas elecciones inexistentes. Tanto Iglesias como Lerdo se quedaron como en el refrán del perro de las dos tortas: sin ninguna de ellas.

¹⁴ Tena Ramírez, *op. cit.*, pp. 451-453.

¹⁵ Constitución Política de la República Mexicana (1857), artículo 82.

Lerdistas e iglesistas dividieron al gobierno y confundieron a la opinión pública. El Decreto del Congreso del 26 de octubre de 1876 declaró válida la elección de Lerdo lo que situó a Iglesias, el presidente de la Suprema Corte de Justicia, frente a una disyuntiva: 1) en el supuesto de aceptar el Decreto y aprobarlo infringiría sus deberes oficiales como cabeza del Poder Judicial de la Federación; 2) de reprobarlo formalmente debería asumir sus responsabilidades como vicepresidente y por tanto la autoridad de Lerdo no podía desconocerse ni antes ni después del 30 de noviembre, aun cuando al ser ilegal no debería esperarse a desconocer la autoridad presidencial hasta el 30 de noviembre.

¿Cómo entender que Lerdo era legítimo antes de que sonarán las doce de la noche del 1.º de diciembre y al minuto siguiente correspondería a Iglesias ser el presidente interino? Iglesias esperaba que el Congreso declarara nulas las elecciones para que como vicepresidente asumiera la presidencia. Porfirio Díaz aprovechó el momento y a él correspondió asumir la presidencia. No obstante antes de que esto ocurriera intentó “legalizar” su movimiento al reformar desde Brownsville, Texas, el Plan de Tuxtepec. Conforme al Plan de Palo Blanco, llamado así lo que en realidad era un nuevo artículo, el sexto, con el que la presidencia interina no recaería, como la planteaba el de Tuxtepec, en la mayoría electa de los gobernadores adheridos al Plan, sino en términos de la Constitución de 1857, en el presidente de la Suprema Corte de Justicia. Moctezuma Barragán escribe que resultaba políticamente atractivo para Porfirio Díaz cooptar al presidente de la Corte “cuyo prestigio era ampliamente reconocido, pues José María Iglesias como presidente interino —y prohibida entonces la reelección— dejaría de ser un rival para Porfirio Díaz en la candidatura por la presidencia”.¹⁶ Con ello trataba de tender un puente entre el gobierno derrocado de Lerdo y el que surgiría de las elecciones que habrían de llevarse a cabo.¹⁷ Porfirio Díaz intentaba aprovechar el evidente conflicto entre el presidente Lerdo y José María Iglesias, el presidente de la Suprema Corte. Iglesias representaba la “legalidad” de la que el movimiento porfirista carecía.

Era claro que Porfirio Díaz pretendía que Iglesias aceptara asumir la presidencia interina al derrocamiento de Lerdo, pero también que no

¹⁶ Moctezuma Barragán, Javier, *José María Iglesias y la justicia electoral*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, p. 169.

¹⁷ El artículo 6 del original Plan de Tuxtepec señalaba: “El Poder Ejecutivo se depositará, mientras se hacen las elecciones en el ciudadano que obtenga la mayoría de votos de los gobernadores de los estados y no tendrá más atribuciones que las meramente administrativas”.

tenía la certeza de que esto ocurriera indefectiblemente. Por ello agregó una salvedad para el caso de que “el silencio o la negativa del funcionario que rija la Suprema Corte, investirá al jefe de las armas con el carácter de jefe del Ejecutivo”.¹⁸ En efecto, José María Iglesias rechazó el ofrecimiento y al día siguiente de imprimirse el Plan de Palo Blanco en el periódico *El Siglo*, publicó una carta en la que no aceptaba, ni había de aceptar ningún plan revolucionario. José María Iglesias al considerar ilegales las elecciones y conforme al artículo 79 que establecía la suplencia del presidente y con base en su carácter de presidente de la Suprema Corte de Justicia se proclamó presidente de la República mediante el Plan de Salamanca con el apoyo de varios generales que lo reconocieron. Todavía Díaz pretendió aprovechar el prestigio de Iglesias para su causa y propuso el Convenio de Acatlán, según el cual reconocería a José María Iglesias, el presidente de la Corte como presidente interino. Iglesias rechazó esta propuesta con la que Porfirio, mantendría el control militar para convocar a elecciones. Es evidente que Porfirio Díaz no tenía ningún interés en la cruzada “legalista” de Iglesias. El llamado “Convenio de Acatlán” no llegó a convenirse, Iglesias asumió lo que él pensaba era la presidencia legítima y lo llevó a perder en los terrenos militar y político. Iglesias se exilió en Estados Unidos y Porfirio Díaz gobernó al país durante treinta años. El conflicto entre Sebastián Lerdo de Tejada, José María Iglesias y Porfirio Díaz dio un giro extraño al país, incorporó nuevos actores políticos que renovaron la atmósfera nacional. Daniel Cosío Villegas lo conceptualiza como “el último desgajamiento liberal”.¹⁹

En un mundo ideal lo mejor que le hubiera pasado al país hubiera sido que Iglesias sucediera en la presidencia al presidente Lerdo. Como lo preguntó Daniel Cosío Villegas: “¿Por qué la candidatura de Iglesias no enchufó en los planes de Lerdo? ¿Por qué no hubo ese entendimiento elemental que habría asegurado un progreso político continuo para el país?”. El mismo Cosío Villegas consideró que aparte de la ambición de Lerdo, que trataría de reelegirse, y del hecho que la conducta de Iglesias orientada a afirmar su independencia lastimó a Lerdo, en el fondo Porfi-

¹⁸ Plan de Tuxtepec, Reformado en el campamento de Palo Blanco, citado en Iglesias, José María, *La Cuestión Presidencial en 1876*, México, Tipografía Literaria de Filomeno Mata, 1892, pp. 427-430.

¹⁹ Cosío Villegas, Daniel, “Vida real y vida historiada de la Constitución de 1857”, en Quirarte, Martín, *Relaciones entre Juárez y el Congreso*, México, Cámara de Diputados, 1973, p. 92.

rio Díaz pudo haber calificado la elección de Iglesias, como una variante de la reelección, al ser vicepresidente.²⁰

3. *La reforma que canceló la vicepresidencia*

Iglesias renunció a la Suprema Corte y no volvió a ocupar cargo alguno. Porfirio Díaz lo invitó a lo largo de varios lustros que estuvo en el poder, en varias ocasiones a sumarse a su gobierno sin haber obtenido respuesta favorable. José María Iglesias escribió durante su estancia en Nueva York, de mayo a septiembre de 1877 una obra que se volvería clásica en el constitucionalismo mexicano: *La cuestión presidencial* que no fue publicada sino hasta después de su muerte. Iglesias confiesa en el texto que no quiso provocar polémicas que pudieran perturbar la tranquila resignación a que se había sometido. La obra la volvió a revisar a ocho años de distancia y la dejó como encomienda a su familia para que se publicará a seis meses de su muerte. Si la disposición sobre la suplencia presidencial no hubiera existido es altamente probable que el final de la vida del jurista José María Iglesias hubiera transcurrido de manera distinta.

Las elecciones de mayo de 1877 dieron el triunfo a Porfirio Díaz como presidente de la República y a Ignacio Vallarta como presidente de la Suprema Corte y virtual vicepresidente. Vallarta se desempeñaba como secretario de relaciones exteriores designado por Porfirio Díaz como presidente interino derivado de la revolución tuxtepecana. Se separó de su cargo en Relaciones Exteriores para asumir la presidencia de la Corte; más adelante solicitó licencia a la Corte para atender asuntos urgentes en Relaciones, uno de los más relevantes fue el reconocimiento al gobierno de Díaz por parte de los Estados Unidos. La Suprema Corte revocó la licencia y Vallarta regresó a la presidencia de la Corte después de un exitosa gestión en política exterior, que incluyó el reconocimiento por parte de los vecinos del norte. Vallarta permaneció en la Corte de mayo de 1878 a 1882, cuando entró en vigor la reforma que canceló la suplencia del presidente de la República por parte del presidente de la Suprema Corte.

Ignacio Vallarta tuvo frente a sí dos propósitos centrales en su gestión como presidente de la Suprema Corte. Conocedor al detalle de los problemas que generó José María Iglesias al sostener la posibilidad de que la Corte se inmiscuyera en las cuestiones políticas, en la política activa,

²⁰ Cosío Villegas, Daniel, *Historia Moderna de México, La República Restaurada, La Vida Política*, 5a. ed., México, Buenos Aires, Hermes, 1988, pp. 104 y 105.

circunstancia agravada además por el hecho jurídico-político de que el presidente de la Suprema Corte fuera el vicepresidente de la República, se impuso a la tarea de superar la tesis de la incompetencia de origen defendida por Iglesias y reformar la Constitución para suprimir la suplencia del presidente de la Corte en caso de falta del presidente de la República.²¹

En el afán de eliminar la suplencia el propio Vallarta mencionó que hubo de dedicar todos sus esfuerzos desde que asumió la presidencia de la Corte. Vallarta impulsó un curioso sistema de suplencia presidencial por medio de tres personajes “insaculados” que al momento de la falta absoluta o temporal del presidente la Cámara de Diputados o la Comisión Permanente escogería uno de ellos para sustituir al presidente. En el supuesto de la falta repentina del presidente, el presidente de la Suprema Corte asumiría el cargo, pero solo momentáneamente hasta que se hiciera la insaculación en la Cámara. Los insaculados serían también considerados en el supuesto de que se declarase nula la elección o no se presentara el presidente electo. La Cámara de Diputados la aprobó, pero el Senado la rechazó. La propuesta de Ignacio Vallarta fue modificada por el Constituyente Permanente. No fue sin embargo hasta el 12 de octubre de 1882 que se publicó la reforma constitucional durante al gestión presidencial de Manuel González.

Vallarta sostiene en la renuncia que presentó a la Cámara de Diputados que había fijado como condición para aceptar la reforma constitucional que “ha divorciado ya a la magistratura de la política y quitado al Presidente de la Corte el carácter de Vicepresidente de la República, exigiendo además que una vez que ella fuera aprobada con los requisitos legales, se me permitiera renunciar al cargo del que nunca me he creído capaz”.²² Ya retirado de la vida pública Vallarta reiteró en la presentación del cuarto tomo de sus célebres votos, el “ahínco con que procuré ser exonerado del cargo de Vicepresidente de la República”.²³ La reforma al artículo 79 suprimió la suplencia del presidente de la República por el de la Corte. Se estableció la del presidente o vicepresidente del Senado o de la Comisión Permanente en periodos de receso del Congreso, durante el mes anterior al en que ocurrieran las faltas temporal o defi-

²¹ Fix-Zamudio, Héctor, “La incompetencia de origen y los derechos políticos”, en *Cuadernos, A Cien Años de la Muerte de Vallarta*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1994, p. 26.

²² Vallarta, Ignacio L., *Cuestiones Constitucionales, Votos*, Tomo Cuarto, México Imprenta de Francisco Díaz de León, 1883, p. 581

²³ *Ibidem*, p. VII.

nitiva del presidente de la República.²⁴ Otra reforma en 1896, estableció la sustitución en el secretario de relaciones exteriores y en su ausencia en el secretario de gobernación.²⁵ Esta reforma nuevamente sufrió otra modificación con la que se estableció la vicepresidencia autónoma en caso de la falta absoluta del presidente y del vicepresidente, es decir del secretario de relaciones exteriores que asumiera la vicepresidencia y faltara y de igual manera la falta del secretario de gobernación.

4. *La reforma que reinstauró la vicepresidencia*

En 1904, concluía otro periodo presidencial del dictador Porfirio Díaz. A sus 74 años de edad conservaba su fortaleza física y capacidad mental para continuar al frente del poder. No obstante existía la preocupación de lo que podría suceder en caso de muerte del presidente. Existía notable tensión entre el grupo de los científicos que pretendían la candidatura a la presidencia de José Ives Limantour, quien a la postre habría de renunciar a esta posibilidad, los jacobinos que formaban parte de la oposición al régimen agrupados en el Partido Liberal y el grupo del presidente Díaz que deseaba su continuación en el poder. La solución que se dio con la reforma constitucional de 1904 dejó satisfechos a casi todos. Díaz se reeligió, como era su ferviente deseo, si bien llevando en la fórmula de las elecciones a un vicepresidente que podría sucederlo. El escogido por una pantalla que se creo *ex profeso*, el “Partido Nacionalista”, del que nada se sabía, organizó una convención que designó para vicepresidente a Ramón Corral que se desempeñaba como un gris secretario de gobernación, cuya mayor virtud es su “adhesión inquebrantable” al presidente.²⁶ Antes de las elecciones de junio, Porfirio Díaz envió a los gobernadores la lista de diputados y senadores que serían electos, así como el nombre de Ramón Corral para la vicepresidencia. Algunos de los gobernadores encontraron las listas acertadas y expresaron su ferviente esperanza de que la correspondiente a la vicepresidencia “no funcionara”.²⁷

Su selección dejó satisfechos a los científicos que si bien no consideraban a Corral como miembro de su grupo, al menos lo veían como dúctil

²⁴ 3 de octubre de 1882.

²⁵ 24 de abril de 1896.

²⁶ Cosío Villegas, Daniel, *Historia Moderna de México, El Porfiriato, Vida Política Interior, segunda parte*, 5a. ed., México, Buenos Aires, Hermes, 1988, t. X, p. 348.

²⁷ *Ibid.* p. 626.

para sus intereses.²⁸ Adicionalmente, se amplió el periodo presidencial a seis años, lo que equivaldría a mantener a Díaz en el poder otros seis años más, lo que le daría tiempo al dictador para preparar su sucesión. La reforma de 1904 se hizo con influencia de la Enmienda XII de la Constitución de Estados Unidos. Se atribuye a Emilio Rabasa su diseño jurídico, pero debe considerarse que además de la presencia de Rabasa como senador de la República, Venustiano Carranza también fungía como influyente senador. El único diputado que votó en contra fue José López Portillo y Rojas. Las reformas de 1904, confirieron a la Cámara de Diputados la facultad exclusiva de erigirse en Colegio Electoral para ejercer facultades respecto a la elección del presidente y vicepresidente. De igual manera para decidir sobre las renunciaciones y licencias de presidente y del vicepresidente.²⁹ Las reformas consignaron además que los electores que designen al presidente de la República elegirán también el mismo día al vicepresidente, quien debería reunir las mismas condiciones que la Constitución exige para el presidente.

El modelo que siguió el Congreso fue —como señalábamos— el de la Constitución de Estados Unidos. El vicepresidente sería el presidente nato del Senado, aun cuando se separó de lo que establece la Constitución estadounidense al consignar que podría desempeñar algún nombramiento que le confiriera el Ejecutivo. En este supuesto se tuvo cuidado en señalar que debería ser sustituido en el Senado en los términos de legislación secundaria. La reforma estableció que en el supuesto de que ni el presidente ni el vicepresidente electos se presentasen al comenzar el periodo constitucional, o la elección no estuviere hecha, el presidente cesaría y se haría cargo de la presidencia interina el encargado del despacho de Relaciones Exteriores y si no hubiere o estuviera impedido el siguiente en el orden en que establezca la ley. La solución era impracticable pues en el supuesto de que el presidente faltara al iniciar el periodo presidencial, el secretario de relaciones hubiera cesado en tanto su nombramiento fue hecho por el presidente que hubiera concluido el periodo y consecuentemente no era posible ratificarlo en el cargo. En cierta medida la vicepresidencia incorporada al texto constitucional en 1904 detonó el movimiento revolucionario en 1910. Al pretender imponerse nuevamente como vicepresidente a Ramón Corral en 1910, esto activó el movimiento maderista. La avanzada edad del presidente Díaz

²⁸ *Ibidem*, p. 348.

²⁹ Se derogaron las fracciones XXXI y XXXII del artículo 72, y se reformaron los artículos 72, inciso A, 74, 78, 79 a 84, inclusive, y la primera parte del 103.

en ese momento (80 años) hacía del vicepresidente una expectativa real de convertirse en presidente. La selección de Corral fue mal recibida por los grupos contrarios a la reelección como por los científicos que no confiaban en Corral.

Esta reforma que pretendía darle un tono democrático al sistema de suplencia sería invocada más adelante por Victoriano Huerta. Asesinado el presidente Francisco I. Madero y el vicepresidente José María Pino Suárez, conforme el texto constitucional, la presidencia de la República debería ocuparla el secretario de relaciones exteriores, Pedro Lascurain quien a los cuarenta y cinco minutos renunció después de haber designado al general Victoriano Huerta, secretario de gobernación para que ocupara la presidencia. La simulación constitucional, a pesar de haberse apegado al texto, fue tan burda que Huerta es considerado históricamente como el usurpador. Fue Huerta quien desató todas las pasiones de México que entró a una larga lucha fratricida de varios años de Revolución. Lascurain llevaría a costas el oprobio de haber facilitado, con la burda simulación, la llegada al poder de Huerta.

Los antecedentes anteriores y el desprestigio de la institución vicepresidencial, como un escalón para acceder al poder determinó que el Constituyente de 1917 cancelara la vicepresidencia. El sistema de suplencia había resultado nefasto, particularmente la aplicación del precepto para suplir la muerte del presidente Madero y del vicepresidente Pino Suárez. En su breve gestión presidencial el presidente Francisco I. Madero por Decreto de Congreso reformó la Constitución el 27 de noviembre de 1911. La reforma a los artículos 78 y 102, aumentó la gestión presidencial a seis años, prohibió la reelección del presidente y vicepresidente y otras reglas aplicables a los mismos, así como a los gobernadores de los estados. Esta fue la última reforma a la Constitución de 1857.

5. La solución de 1917, nuevamente la cancelación de la vicepresidencia

La Constitución de 1917 canceló la vicepresidencia y redujo el periodo presidencial a cuatro años, lo que después tendría un efecto relevante sobre la fórmula para determinar qué hacer en caso de falta absoluta del presidente. Efectivamente, González Oropeza señala que el tema más rico en el debate del Constituyente de 1917 sobre el Poder Ejecutivo fue el relativo a la sustitución presidencial. Expresa que el punto de acuerdo unánime entre el proyecto de Venustiano Carranza y los diputados constituyentes fue la supresión de la figura vicepresidencial, restaurada conforme

al modelo estadounidense por la reforma de 1904.³⁰ La solución de 1917, sigue en cierta medida, la tradición de la doctrina constitucional francesa en boga al momento de los debates. Conforme a esto, si la presidencia queda vacante por defunción o por otra causa antes de la expiración de los siete años que prevé la ley constitucional las dos Cámaras reunidas procederán a la elección de un nuevo presidente. La distinción es que mientras esto ocurre el Consejo de Ministros quedará investido del Poder Ejecutivo. Correspondería al presidente del Senado en su calidad de presidente de la Asamblea convocar a los miembros ésta a la mayor brevedad.³¹

El sistema adoptado por la Constitución de 1917 y por todas las reformas, hasta la que ocurrió en 2012, desvincula la sucesión presidencial de cualquier persona que antes de la falta del presidente, esté designada para sucederlo. En los nueve sistemas diferentes que existieron antes de la Constitución de 1917, alguno de los funcionarios señalados por los textos constitucionales estaba llamado a cubrir, así fuera en etapa provisional, lo que no ocurrió después de 1917 en que el Congreso o la Comisión Permanente deben designar a la persona que remplace al titular. El sistema contenido en la Constitución de 1917 ha tenido muchas críticas, si bien algunos notables constitucionalistas, el maestro Felipe Tena Ramírez entre ellos, consideran que a pesar de sus imperfecciones “parece el más idóneo entre los numerosos ensayos a que nos hemos referido”.³²

La comisión que dictaminó el artículo 84 constitucional tenía frente a sí tres posibilidades (i) el presidente podría ser sustituido por el presidente del Senado o de la Gran Comisión, (ii) el Congreso podría nombrar al sustituto y (iii) la sustitución recaería en un secretario de estado. Se desecharon las opciones (i) y (iii), la primera por no ser democrático hacer recaer la presidencia en un accidente como ser presidente del Senado, y la otra (iii) por la misma razón, en tanto que el designado no había resultado electo sino nombrado arbitrariamente por el presidente, a quien debería sustituir.³³

Se decidió finalmente que fuera el Congreso, en principio, el órgano encargado de la sustitución. Como el diablo está en los detalles, el Congreso Constituyente determinó que el Congreso designara a quien

³⁰ González Oropeza, Manuel, “Comentario al artículo 84”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Comentada y Concordada*, 18a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, t. II, p. 305.

³¹ Duguít, León, *Manual de Derecho Constitucional*, 2a. ed., Madrid, Francisco Beltrán, 1926, pp. 454 y 455.

³² Tena Ramírez, *op. cit.* p. 456.

³³ González Oropeza, “Comentario...”, *cit.* p. 309.

debería sustituir al presidente. No obstante el Congreso sesionaría durante cuatro meses al año, por lo que el resto del tiempo tendría que ser la Comisión Permanente la encargada de nombrar al sustituto del presidente. Sin embargo, la Comisión Permanente no estaba facultada por la Constitución para convocar a periodo extraordinario de sesiones, pues era facultad exclusiva del Ejecutivo Federal.³⁴

Para subsanar esta complicación se propuso crear la figura de un presidente provisional que fuera nombrado por la Comisión Permanente hasta que esta sesionara y pudiera entonces designar a un presidente interino o sustituto según el momento en que ocurriera la falta del presidente. El presidente provisional estaría impedido de convocar a elecciones. Al conferirse la facultad a la Comisión Permanente de convocar a periodo extraordinario del Congreso, se facultó al presidente para convocar a sesiones al presidente provisional. Se presentaron varias opciones en aquella sesión del 18 de enero de 1917. El diputado por Oaxaca, Celestino Pérez y Pérez (último sobreviviente constituyente, después de haber sido electo senador por Oaxaca para el periodo 1970-1976), señaló que el Congreso no debería actuar en todos los casos de ausencia presidencial. Pérez hizo una propuesta impulsado por una pregunta del diputado por Veracruz, Eliseo L. Céspedes:

Vamos a suponer señores diputados, que el presidente de la República muere dos o tres días después de la elección. El Congreso está reunido, según la primera parte de este artículo (el que se discutía presentado por la Comisión), debe nombrarse un presidente que lo sustituya por todo el tiempo que le falta, es decir, por tres años y pico. ¿Es conveniente que un ciudadano nombrado por la Representación Nacional, por el Congreso, sustituya por tres años o por cuatro, al presidente de la República? ¿No será necesario que se convoque nuevamente a sesiones?³⁵

Celestino Pérez preguntó también a la Asamblea Constituyente si ¿“Acaso el pueblo ha delegado o ha renunciado sus facultades en el Congreso? Yo entiendo que no”, se contestó a sí mismo.³⁶

Si la falta ocurriera en los dos primeros años la elección del sustituto debería hacerse mediante elección directa, pero si la falta fuera en los

³⁴ Durante la gestión del presidente Álvaro Obregón se reformó esta disposición en el artículo 79, fracción IV. 24 de noviembre de 1923.

³⁵ *Diario de los Debates del Congreso Constituyente*, p. 431.

³⁶ *Idem*.

dos últimos años (el periodo presidencial aprobado en 1917 fue de cuatro años) señaló la conveniencia de que el Congreso eligiera al sustituto mediante un mecanismo de elección popular indirecta. El diputado que-
retano José María Truchuelo recomendó que el secretario de relaciones exteriores fuera el sustituto y el que convocara a elecciones y se rechazó. Sin embargo puso el dedo en el renglón al señalar que de aceptarse que el Congreso designara, se privaría al pueblo de elegir su representación directa y se aceptaría la forma centralista de gobierno en que el Congreso elige al presidente de la República. Se atacaría el principio democrático federalista.³⁷ El constituyente Alfonso Cabrera planteó que si la falta ocurriera en los dos primeros años se convocará siempre a elecciones sin que interviniera el Congreso en la elección del sustituto, pero si la falta ocurre en los dos últimos años el Congreso debería nombrar al sustituto. Dice González Oropeza que esta propuesta se basó en que era altamente probable que los dos primeros años el Congreso estuviere integrado por el o los partidos del presidente, mientras que en el último bienio esta coincidencia podría no darse.³⁸

La norma aceptada, con aportaciones varias dio como consecuencia una tipología de especies de presidentes mexicanos. Las especies de presidentes serían: interino, sustituto y provisional.

Presidente interino. Corresponde al Congreso designar a un presidente interino que es transitorio, en tanto su función central es convocar a elecciones. El presidente interino surge por la eventualidad de que surja una falta absoluta que puede provenir del fallecimiento o renuncia del titular, así como de la circunstancia que el presidente electo no se presente o la elección no se haya celebrado y consecuentemente no se haya hecho la declaración correspondiente y el presidente en funciones concluya el mandato para el cual fue electo.³⁹ La Constitución establecía que:

Si el Congreso estuviere en sesiones se constituirá inmediatamente en Colegio Electoral, y concurriendo cuando menos las dos terceras partes del número total de sus miembros, nombrará en escrutinio secreto y por mayoría absoluta de votos un presidente interino. La persona que sea designada presidente interino durará en el cargo el tiempo necesario para que se elija a quien deba concluir el periodo presidencial que corresponda y tome posesión.

³⁷ *Idem.*

³⁸ González Oropeza, *op. cit.*, p. 310.

³⁹ Artículos constitucionales 84 y 85, párrafo primero constitucionales.

La elección, hemos señalado antes, la convoca el mismo Congreso y debe mediar entre la fecha de la convocatoria y la verificación de las elecciones un plazo no menor de catorce meses ni mayor de dieciocho.⁴⁰ En la historia de México Emilio Portes Gil ocupó la presidencia interina por designación del Congreso al darse el supuesto previsto en la Constitución de que no se presentare el presidente electo. La razón de la imposibilidad de presentarse se dio por el asesinato del presidente electo Álvaro Obregón. Portes Gil ocupó el cargo hasta el 5 de febrero de 1930, en que transmitió el poder a Pascual Ortiz Rubio, quien resultó dudoso vencedor en la contienda electoral frente a José Vasconcelos del Partido Nacional Antireeleccionista.

Presidente sustituto. Si la falta del presidente ocurre durante los últimos cuatro años del periodo correspondiente, el Congreso de la Unión debe nombrar a la persona que ocupe el cargo hasta la conclusión del mismo periodo. La persona designada por el Congreso tendría el carácter de presidente sustituto.⁴¹ El presidente Pascual Ortiz Rubio renunció al cargo y se dio el supuesto de designación a cargo del Congreso que recayó en Abelardo Rodríguez quien ocupó el cargo hasta el 30 de noviembre de 1934, como presidente sustituto.

Presidente provisional. Si la falta del presidente ocurre en cualquier tiempo (en el primer bienio o en el último cuatrienio) durante los recesos del Congreso de la Unión, la Comisión Permanente designará a un presidente provisional quien ejercerá el cargo hasta que el Congreso nombre al presidente interino o al sustituto. El 1.º de noviembre de 1920 Adolfo de la Huerta fue nombrado presidente provisional cargo que ejerció del 1.º de junio de 1920 hasta el 1.º de diciembre del mismo año. Fue sustituido por Álvaro Obregón.

En el supuesto de las faltas temporales la Constitución prevé que si la falta no excede de treinta días el propio Congreso de la Unión o la Comisión Permanente deberá nombrar al presidente interino para que funcione durante el tiempo que dure dicha falta.⁴² Si la falta fuera mayor de treinta días, solo el Congreso podría designar al presidente interino, para lo cual sería necesario que antes de tal determinación el Congreso calificara la licencia que solicitara el presidente definitivo, si el Congreso no estuviere reunido correspondería a la Comisión Permanente convocar a sesión extraordinaria para tal designación.⁴³

⁴⁰ Artículo 84 constitucional, primer párrafo.

⁴¹ *Ibidem*, tercer párrafo.

⁴² Artículo 85 constitucional, párrafo segundo.

⁴³ *Ibidem*, párrafo tercero.

III. LAS REFORMAS AL ESQUEMA DE SUPLENCIA PRESIDENCIAL DE 1917

La lógica de la disposición constitucional estaba sustentada en que la duración del cargo presidencial sería de cuatro años. De esta manera, de ocurrir la falta de presidente en los dos primeros años de su gestión, el Congreso designaría un presidente interino que convocaría a elecciones, sujetas éstas a términos constitucionales para evitar dilaciones. El principio es que el presidente interino tendría como función central la de convocar a elecciones. Si la falta ocurriera en los dos últimos años la convocatoria para elecciones resultaría fuera de tiempo, en tanto la gestión presidencial estaría por concluir. Esto tenía lógica en tanto se trataba de cuatrienios. Ante esta hipótesis resultaba razonable que fuera el Congreso el encargado de designar un presidente sustituto que concluyera el periodo. No obstante esta lógica se rompió con reformas constitucionales que ampliaron la gestión presidencial a seis años, sin que el Constituyente Permanente hubiera reparado en la circunstancia de que el Congreso estaría designando a un presidente sustituto que eventualmente estaría en el cargo cuatro años, lo cual es un despropósito democrático, en tanto la misma Constitución señala que la elección del presidente será directa.⁴⁴

Conforme lo plantea Diego Valadés, hay todavía un problema mayor que consiste en la manera en que el Congreso debe designar al presidente interino. El artículo 84 constitucional, antes de la reforma de 2012, establecía que la designación del presidente interino se hacía con un quórum especial (dos terceras partes del número total de sus miembros) y por mayoría absoluta. Esta regla indispensable para una decisión de tal envergadura, no regía para la designación del presidente provisional ni para la del presidente sustituto.⁴⁵ En efecto, la designación de Abelardo Rodríguez como sustituto de Pascual Ortiz Rubio que renunció, se dio en el momento culminante del mando hegemónico ejercido por Plutarco Elías Calles. El problema no es solo constitucional, pues la Ley Orgánica del Congreso General al establecer las reglas para el Congreso General constituido en Colegio Electoral, únicamente se ocupa del supuesto contenido en el primer párrafo del artículo 84 constitucional (presidente

⁴⁴ Artículo 81 constitucional, primer párrafo.

⁴⁵ Valadés, Diego, “La substitución presidencial en México”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Derecho Constitucional, Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistema Jurídicos Comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 861-897.

interino) fijando el quórum especial, en escrutinio secreto y con la mayoría de los votos presentes.⁴⁶ Es claro que en la hipótesis de que exista un solo candidato a presidente interino y el control político del Congreso sea tal que se logre la unanimidad, el asunto es baladí, pero en el caso de un Congreso plural, en donde es previsible que surgieran varios nombres para ocupar la presidencia sustituta, el conflicto podría llevar a una crisis constitucional. No sería el caso del presidente provisional que corresponde designar a la Comisión Permanente, pues en caso de premura grave conviene la designación acelerada para evitar un vacío riesgoso. El presidente provisional simplemente durará en el cargo en tanto opere la convocatoria al Congreso para que se ocupe de la designación del presidente interino o del sustituto, según el momento que se viva.

En 1933, una vez que la sombra de la reelección se había disipado, se dieron numerosas reformas constitucionales de orden político. Además de establecerse la no reelección absoluta de quien hubiera ocupado el cargo de presidente, se reformó el artículo 84 para normar la falta absoluta del presidente. Se rompió la lógica de 1917, en cuanto a que las faltas absolutas en los dos primeros años darían como consecuencia la celebración de elecciones para determinar quién concluiría el periodo presidencial. Hubiera sido oportuno que se incorporara la misma lógica para que este supuesto ocurriera en los tres primeros años, a fin de que el Congreso designara un presidente sustituto si la falta ocurriera en el último trienio y no como quedó establecido. Lo más relevante, como lo plantea Diego Valadés, es haber mantenido el error inicial de no haber fijado las mismas reglas de quórum y mayoría requeridas para el presidente interino que para el presidente provisional y sustituto.⁴⁷

José Gamas Torruco planteó dos soluciones para evitar los riesgos un sistema tan poco funcional en un régimen pluripartidista. La primera es la instauración de la vicepresidencia con base en el modelo estadounidense de compañero de fórmula o planilla y eventual sucesor. La otra es ligar la presidencia interina a un cargo determinado. Excluye la solución de 1857 de atribuir este supuesto al presidente de la Suprema Corte de Justicia para evitar daño a la autonomía del Poder Judicial, así como a los funcionarios designados por el presidente en tanto están desconectados del proceso electoral. Propone por ello que la designación recaiga en el presidente del Congreso, con base en la Ley Orgánica del Congreso.⁴⁸

⁴⁶ Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 9.

⁴⁷ Valadés, Diego, "La substitución presidencial en México", *cit.* p. 867.

⁴⁸ Gamas Torruco, José, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa 2001, p. 906.

IV. LA REFORMA DE 2012

Meses antes de concluir su gestión, el presidente Felipe Calderón envió a la Cámara de Senadores una Iniciativa de Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Como señala la Exposición de Motivos de la Iniciativa, la propuesta de reformas y adiciones constitucionales está sustentada en la necesidad del país de “una política de fondo que permita ampliar el ejercicio de las libertades y capacidades ciudadanas y que haga posible traducir en acciones públicas concretas el mandato de los ciudadanos”. Las propuestas de la iniciativa fueron revisadas por el Congreso y algunas de ellas fueron aprobadas y otras desechadas:

- 1) Permitir la elección consecutiva de legisladores federales y eliminar la prohibición para legisladores locales, miembros del ayuntamientos y jefes delegacionales, imponiéndose un límite máximo de doce años consecutivos en el ejercicio del cargo.
- 2) Reducir el número de integrantes de la Cámara de Diputados y de Senadores.
- 3) Adoptar para la elección del presidente, el principio de mayoría absoluta, recurriendo a una segunda votación, cuando ningún candidato obtenga la mayoría necesaria (segunda vuelta).
- 4) Incrementar el porcentaje mínimo de votación para que un partido político nacional conserve su registro, a 4% de la votación nacional total emitida en alguna de las elecciones federales ordinarias.
- 5) Incorporar la figura de las candidaturas independientes, permitiendo su postulación para todos los cargos de elección popular.
- 6) Incorporar la figura de iniciativa ciudadana, para permitir la presentación de propuestas de ley generadas en el seno de la sociedad civil.
- 7) Otorgar a la Suprema Corte de Justicia la atribución para presentar iniciativas de Ley en el ámbito de su competencia.
- 8) Facultar al presidente de la República para presentar, en cada primer periodo ordinaria de sesiones del Congreso, un número determinado de iniciativas que deberán dictaminarse y votarse por medio de un trámite legislativo preferente. Así como establecer el referéndum como requisito para la entrada en vigor de las iniciativas de reformas constitucionales de trámite preferente sobre las que el Congreso no se pronuncie.

- 9) Establecer expresamente en la Constitución la facultad del Ejecutivo Federal para observar, parcial o totalmente el Presupuesto de Egresos de la Federación y la Ley de Ingresos. Asimismo la facultad de publicar parcialmente aquellas leyes cuyas observaciones no hayan sido superadas en el Congreso.

Las nueve propuestas de la iniciativa presidencial no incluyeron modificación a los artículos 84 y 85 constitucionales que versan sobre la suplencia del titular de Ejecutivo Federal, pero formaron parte de lo que genéricamente se denominó “reforma política”.⁴⁹ Este tema había sido relegado por razones que tenían que ver más con aspectos de psicología política. Así como en 1904 algunos gobernadores al conocer la propuesta de reinstauración de la vicepresidencia y que ésta recaería en Ramón Corral, le manifestaron al presidente Porfirio Díaz que esperaban que no funcionara, durante el siglo XX no se aludió al tema bien fuera por considerarlo de mal gusto o por el temor de incomodar al presidente. Valadés señala con conocimiento de causa que:

Varios presidentes y sus colaboradores, aun reconociendo la necesidad de regular o incluso modificar el procedimiento del artículo 84, lo han soslayado por consideraciones coyunturales: “Se ha estimado que proponer alguna modificación o regulación podría dar lugar a que se creyera que el presidente estaba enfermo o que se sentía incapaz de gobernar y que el resultado de estas versiones, aun siendo infundadas, afectaría las posibilidades reales de gobernar”.⁵⁰

Sin embargo, la eventualidad de la falta presidencial en un sistema como el mexicano es de la mayor importancia. Se trata de un asunto de seguridad nacional, pues las consecuencias de que el Poder Ejecutivo Federal, que es unipersonal quede vacante, así sea por un lapso breve son de un alto riesgo. Durante los “gobiernos revolucionarios” se dieron episodios de enfermedades que pusieron en riesgo la capacidad de algunos presidentes. Son memorables los padecimientos durante su gestión del presidente Adolfo López Mateos (aneurisma) y del presidente Gustavo Díaz Ordaz (problemas oculares) que se mantuvieron en absoluto sigilo. Durante la etapa de la llamada “transición” el presidente Vicente Fox fue intervenido quirúrgicamente por una lesión en su columna vertebral, aparentemente

⁴⁹ La iniciativa fue enviada al Senado el 15 de diciembre de 2009.

⁵⁰ Valadés, Diego, *op. cit.*, p. 862.

de gravedad y también se habló de incapacidad al grado que estuvo sujeto a un régimen de medicamentos controlados. La revista *Proceso* solicitó un informe al Instituto Federal de Acceso a la Información Pública sobre medicamentos que utilizaba el presidente, y que por sus componentes se suponía que eran antidepresivos. El IFAI aceptó la negativa de la presidencia a informar en tanto se trataba —considero equívocamente— de una cuestión personal.⁵¹

Independientemente de este incidente, el sistema constitucional debe tener una respuesta democrática a un problema que afectaría a la sociedad en su conjunto, de darse el lamentable caso de la falta repentina de un presidente de la República. Las reglas intocadas desde 1933 funcionaron para un país sustentado en decisiones autoritarias cuya estabilidad y corrección política hacían innecesario reglas para emergencias constitucionales. No obstante los cambios experimentados no solo aconsejan sino exigían atención a un asunto de tal dimensión.

1. *La Iniciativa de Reforma a los artículos 84 y 85 constitucionales*

Senadores del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional de la LXI Legislatura presentaron una Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se reforman y adicionan diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, incluidas reformas y adiciones a los artículos 84 y 85. La Exposición de Motivos de la Iniciativa en la parte conducente a la suplencia en caso de falta del titular del Poder Ejecutivo, reitera la explicación histórica de la inestabilidad del siglo XIX mexicano a partir de uno de los factores más importantes como fue la sustitución presidencial. En cuanto a los mecanismos de suplencia previstos en la Constitución de 1917, no tuvieron mayor importancia pues la existencia de un partido hegemónico y un liderazgo evidente del presidente de la República, aseguraban un alto nivel de estabilidad y continuidad política muy elevado, como lo demostraron las sustituciones durante ese

⁵¹ Expediente IFAI 1326/004, derivado de una solicitud de acceso a la información sobre cualquier constancia que reflejara el estado de salud física y mental del presidente de la República. La respuesta del Estado Mayor Presidencial (EMP), responsable de la salud de los mandatarios y sus familias, fue que la petición no procedía porque estaban en juego datos confidenciales. El EMP sustentó su negativa en el artículo 18 de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (LFTAIPG), el cual establece que las entidades públicas pueden considerar confidencial la información relacionada con el estado de salud físico y mental. El IFAI sostuvo el mismo criterio.

periodo. En efecto, las designaciones de Adolfo de la Huerta, Emilio Portes Gil, Pascual Ortiz Rubio y Abelardo Rodríguez ocurrieron sin conflicto en el Congreso y sin que ningún grupo político se hubiera opuesto a los que fueron los designios de los caudillos Álvaro Obregón en cuanto al primero y de Plutarco Elías Calles respecto a los tres restantes.

La iniciativa reconoce que la pluralidad política ha implicado fuertes enfrentamientos entre los intereses en pugna y parálisis o falta de acuerdos en los órganos de representación popular. El Grupo Parlamentario reconoce también que el Poder Ejecutivo es la pieza fundamental del sistema político y que destaca la “ineficaz regulación constitucional para procesar y acordar su remplazo en caso de ausencia. Esta es una omisión importante y para la que no existe salida institucional adecuada”.⁵² La pregunta que se formula en la Exposición de Motivos es lo que pasaría si el Congreso, como Colegio Electoral no logra ponerse de acuerdo o tarda mucho en hacerlo. Se advierte que el riesgo es mayúsculo y se mencionan los efectos políticos y económicos que traería consigo una situación de tal incertidumbre. Por ello plantean una “válvula de seguridad” para el supuesto de que el Poder Legislativo no se pusiera de acuerdo para nombrar a quien deba ocupar la vacante presidencial. Las ventajas que representa el mecanismo, según la Exposición de Motivos, es que al conocerse quién ocupará la vacante en tanto el Congreso decide, se cancela la incertidumbre. Se evita además el vacío de poder con las consecuencias inconvenientes para el sistema y se evita la enorme presión a que estaría sometido el Congreso, en una decisión de la mayor relevancia, que por su naturaleza no debería ser precipitada, pero las circunstancias extraordinarias obligarían a hacerlo apresuradamente.

La posición del Grupo Parlamentario del PRI respecto a la figura vicepresidencial fue simplemente desechar la opción de un vicepresidente con base en “razones históricas”. No obstante, es un tema que debe debatirse en los foros académicos y en la tribuna parlamentaria. Las condiciones históricas que aconsejan desechar esta opción son precisamente históricas y por ello dialécticas, cambiantes. Las razones que evidentemente determinaron que la adopción de la vicepresidencia bajo el modelo de la Constitución de 1824, resulte absurda en nuestros días, no son las mismas para un modelo moderno, cuidado y democrático que asegure estabili-

⁵² Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Grupo Parlamentario de senadores del PRI de la LXVI Legislatura del H. Congreso de la Unión, 23 de febrero de 2010.

dad en el supuesto de la falta intempestiva del titular de Ejecutivo Federal. Se le asignó al secretario de gobernación la responsabilidad de asumir la presidencia, como un encargado del despacho, mientras el Congreso llega a una decisión. En la Iniciativa del PRI se daba como razón que el secretario de gobernación tiene la legitimidad acotada que proviene del nombramiento a cargo del presidente y de la eventual ratificación de su nombramiento a cargo del Senado. Los senadores del PRI plantearon en su Iniciativa que los integrantes del gabinete presidencial —incluido el secretario de gobernación— deberían estar ratificados por el Senado. La propuesta no prosperó, aun cuando esto no fue óbice para que la reforma que se aprobó estableciera que en caso de falta absoluta del presidente de la República, en tanto el Congreso nombra al presidente interino o sustituto, el secretario de gobernación asumiría provisionalmente la titularidad del Poder Ejecutivo. Lo anterior no significa, jurídicamente al menos, que el secretario de gobernación tenga preeminencia entre los secretarios de Estado que auxilian al presidente en la administración pública. Al inicio del gobierno del presidente Enrique Peña Nieto se hicieron modificaciones a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal para conferirle nuevas atribuciones a la Secretaría en cuestión. Recibió la estructura, recursos y personal de la Secretaría de Seguridad Pública. Con ello asumió la rectoría del Sistema Nacional de Seguridad Pública y ejerce el mando de la Policía Federal. Tiene también el control del sistema penitenciario y se hace cargo de la información sobre seguridad pública y nacional.⁵³ Se ha difundido también la idea de que la Secretaría de Gobernación está por encima de las demás secretarías y que por ello tiene preeminencia respecto a las demás secretarías. Lo anterior no es exacto desde el punto de vista jurídico, aun cuando políticamente el secretario de gobernación es el eje de la política interna. La propia Ley Orgánica de la Administración Pública Federal señala expresamente que las secretarías de Estado tienen igual rango y por ello no hay entre ellas preeminencia alguna.⁵⁴ El presidente puede convocar al gabinete directamente o a través del secretario de gobernación, lo que no significa que los secretarios dependan o estén en situación jerárquica inferior respecto a este funcionario. Lo que es innegable es que la Secretaría de Goberna-

⁵³ Este modelo es similar en alguna medida al que opera en los Estados Unidos en que existe en la Casa Blanca un consejo de política interior y otro de seguridad nacional. O bien en Francia en que el Ministerio del Interior tiene a su cargo la gendarmería, la policía nacional y la defensa civil.

⁵⁴ Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, artículo 10.

ción recuperó la imagen que tuvo hasta la llegada de los gobiernos panistas hace doce años, y nuevas e importantes facultades.

La Exposición de Motivos señala que la función provisional del secretario de gobernación que asuma la presidencia estará restringida a administrar los asuntos ordinarios. Para ejemplificar cuáles son estos asuntos ordinarios, señala que se trata del “día a día” y que consecuentemente el presidente provisional no podrá tomar decisiones trascendentales para la marcha de la administración o del país, sin que pueda destituir a los miembros del gabinete. Con base en lo planteado en la Exposición de Motivos el presidente provisional no podría ejercer prácticamente ninguna de las facultades que le confiere la Constitución en el artículo 89. La iniciativa de los senadores priistas comprendía la hipótesis de que en el supuesto de la falta o incapacidad absoluta del secretario de gobernación la sustitución debería hacerse conforme a la prelación contenida en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, siempre que se tratara de funcionarios ratificados por el Senado.⁵⁵ Con buen tino la reforma planteada por los senadores del Grupo Parlamentario del PRI, propuso exentar al presidente interino o sustituto del requisito de no ser secretario, subsecretario, procurador o gobernador seis meses antes de su nombramiento, conforme a la fracción VI del artículo 82, a fin de permitir la selección sin restricciones. La reforma no consideró esta excepción en los supuestos de los presidentes interino o sustituto, salvo para el caso del presidente provisional en que no se aplicará lo establecido en las fracciones II (35 años cumplidos), III (residencia en México durante el año anterior a la elección) y VI (no ser secretario, o subsecretario de Estado, jefe o secretario general de Departamento Administrativo, procurador general de la República o gobernador, a menos que se separe del cargo seis meses antes) del artículo 82 constitucional.

La iniciativa de reforma constitucional contenía otro elemento importante que la reforma aprobada no incluyó: el texto constitucional señalaba que para que se diera la hipótesis de la designación del presidente interino o sustituto era necesaria la falta del presidente de la República. El elemento adicional es la incapacidad del presidente y la calificación de que la falta debería ser absoluta. La reforma aprobada no incluyó este elemento sobre el que es omisa la Exposición de Motivos, pero que reviste importancia. Puede darse el supuesto de que no exista la falta del presidente de la República, pero sí su eventual incapacidad absoluta.

⁵⁵ El artículo 26 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal contiene el orden de prelación de las secretarías de estado que encabeza la de Gobernación a la que sigue la de Relaciones Exteriores.

Debió haberse considerado el supuesto de la incapacidad. La propia Ley Federal del Trabajo contiene múltiples disposiciones que regulan los alcances y efectos laborales de las distintas clases de incapacidades que pueden presentarse. La ley laboral federal establece como causa de terminación de la relación de trabajo “la incapacidad física o mental o la inhabilidad manifiesta del trabajador que haga imposible la prestación del trabajo”.⁵⁶ La definición legal de la incapacidad total permanente es la pérdida de facultades o aptitudes de una persona que la imposibilitan para desempeñar cualquier trabajo por el resto de su vida, cualquiera que sea el riesgo que la haya producido.⁵⁷ De igual manera la ley del ISSSTE, siguiendo textualmente a la ley federal de la materia laboral, al referirse a los riesgos del trabajo, señala que éstos pueden producir distintas incapacidades como la temporal, parcial o total. Según la ley que regula la relación entre los trabajadores y el Estado, entre quienes está incluido el presidente de la República, la incapacidad total es “la pérdida de facultades o aptitudes de una persona que la imposibilitan para desempeñar cualquier trabajo por el resto de su vida”.⁵⁸

2. El debate de la reforma

Los artículos 84 y 85 fueron presentados al pleno del Senado con las reservas que formularon a ambos preceptos las comisiones y el senador Pablo Gómez, quien aclaró que no lo hacía a título personal, ni se trataba de una proposición de su autoría, sino por encargo de senadores integrantes de la Comisión de Puntos Constitucionales y de la Comisión de Estudios Legislativos. Hubo otras intervenciones y reservas, al mismo tiempo que las intervenciones del grupo parlamentario del PRI a favor de su iniciativa. La más notoria fue la aludida del senador Pablo Gómez del Partido de la Revolución Democrática. De entrada, antes de presentar formalmente las reservas, aseveró que el artículo 85 (propuesto) convierte al presidente de la Cámara de Senadores en presidente provisional de la República en tanto se designa al presidente interino. Dijo textual sin que el texto de la reforma tuviera que ver con su dicho: “Esto puede durar meses, digo yo; se me antoja que así sería, sería muy curioso ver a un senador que fuera presidente de la República al mismo tiempo en un país presidencial, a lo

⁵⁶ Ley Federal del Trabajo, artículo 53.

⁵⁷ *Ibidem*, artículo 154.

⁵⁸ Ley del ISSSTE, artículo 56.

mejor es un buen experimento que habría que intentar hacer, a ver qué pasa”.⁵⁹ Adelante aclaró que en el supuesto de que al iniciar un periodo constitucional el Congreso se encuentra “abierto” y no se puede reunir inmediatamente a nombrar presidente interino, si no lo puede hacer es por falta de acuerdo y ello llevaría a la oportunidad de formar un gobierno de coalición. Es la oportunidad de nombrar como presidente provisional al presidente del Senado para que “esté unos meses mientras se encuentre a un presidente interino”. El supuesto del senador Gómez lo llevaría a mostrarse totalmente en contra de la reforma. Adujo que mientras no se nombrara presidente interino el presidente provisional —en su imaginación el presidente del Senado— ocuparía el cargo presidencial —lo que llevaría a ocupar los dos cargos, sin problemas para presentar su protesta constitucional—. “Todo el sistema de Querétaro es ante la urgencia y lo impostergable, parece mentira que estos hombres hayan tenido una sabiduría tan escasa hoy día”. Propuso entonces que se votará en contra del 84 y del 85, pues se trata de algo que está solamente en la mente de algunos.⁶⁰

El senador Dante Delgado tuvo alguna reserva en cuanto a la propuesta de que el secretario de gobernación asumiría la presidencia provisional y en caso de falta lo haría el secretario de Hacienda y si éste también faltare el de relaciones exteriores (tal y como se encontraba en el Dictamen). Se había previsto que en tal supuesto no serían aplicables las reglas que establecen las fracciones II, III y VI del artículo 82 constitucional. Le preocupó particularmente que se propusiera por Comisiones que el requisito de la edad para desempeñar el cargo de presidente no se hiciera efectivo en la designación del presidente provisional cuando éste no tuviera la edad que fija la Constitución. Esto lo llevó a proponer que se retiraran del texto constitucional los requisitos de edad y se hablara de mayoría de edad. Dio como antecedente histórico el de Gustavo Baz: “Si no mal recuerdo, don Gustavo Baz, en época de la Revolución mexicana, fue gobernador del Estado de México a los 18 años”.

Al presentar formalmente su reserva el senador Gómez planteó que la reforma resultaba insustancial. Le inquietó que quien ocupara provisionalmente la Presidencia, no pudiera remover o designar a los secretarios, sin autorización previa de la Cámara. Para ello planteó un subterfugio como es obligar a los secretarios a renunciar y nombrar a los subsecretarios, lo que no está prohibido y dejarlos encargados del despacho de las secretarías. Le pareció deleznable: “Así que es pura ingenuidad”, decla-

⁵⁹ *Diario de los Debates*, núm. 25, 26 de abril de 2011.

⁶⁰ *Idem*.

ró. Le hubiera parecido mejor que la Comisión Permanente nombrara al presidente provisional. Reiteró que el texto vigente de la Constitución ofrece una mejor solución. Reconoció a la Comisiones que hubieran aceptado la sugerencia que formuló referente al supuesto de que si el Congreso no estuviere en sesiones cuando ocurriera la falta del presidente, la Comisión Permanente convocaría al Congreso General inmediatamente a fin de constituirse en Colegio Electoral. La preocupación central del senador perredista es que la reforma propuesta mostraría desconfianza en el Poder Legislativo. Adicionalmente consideró que esa hipótesis resultaba ofensiva, pero más grave aun si proviene del propio Congreso: “Cuando proviene del Congreso no confía en sí mismo. ¿Qué es eso? Es una cosa vergonzosa”.

El Senado aprobó con 94 votos a favor, 5 en contra y con 8 abstenciones el Dictamen de las Comisiones de Puntos Constitucionales, Reforma del Estado y Estudios Legislativos con Proyecto de Decreto que reforma disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.⁶¹ Fue turnado a la Cámara de Diputados, Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Gobernación las que prepararon un Proyecto de Dictamen, con Proyecto de Decreto por el que se reforman disposiciones de la Constitución. Las Comisiones de la Cámara Colegisladora (Diputados) aprobaron el Dictamen con modificaciones. El artículo 85 fue aprobado en sus términos junto con otras disposiciones. Los artículos 83 y 84 fueron modificados. En cuanto al artículo 83 la Cámara de Diputados agregó la prevención de impedir que la persona que hubiere ocupado el cargo de presidente provisional pudiera ocupar la titularidad del Ejecutivo Federal. La Minuta del Senado establecía que quedarían impedidos para volver a ocupar el cargo de presidente de la República quien lo hubiera desempeñado por elección popular, o con el carácter de interino o sustituto.

En cuanto al artículo 84 la Cámara de Diputados modificó la propuesta del Senado para dejar al secretario de gobernación como el único funcionario que puede asumir el cargo de presidente provisional, suprimiendo la hipótesis planteada en la Minuta del Senado de que en caso de la falta del secretario de gobernación lo hiciera el secretario de Hacienda y crédito público y a su falta el de relaciones exteriores. Adicionalmente, la Cámara de Diputados planteó que en el supuesto de la falta absoluta del presidente de la República, en tanto el Congreso nombra al presidente interino o sustituto, esto deberá ocurrir en un término no mayor a

⁶¹ 27 de abril de 2011.

sesenta días. El Senado no había fijado plazo para la designación. Otra modificación incorporada por la Cámara de Diputados se refiere a la aclaración de los términos en que el Congreso General nombre un presidente interino se hará conforme a la Ley del Congreso y no simplemente conforme “disponga la ley”.

3. Texto de la reforma en materia de suplencia presidencial

Artículo 83. El Presidente entrará a ejercer su encargo el 1o. de diciembre y durará en él seis años. El ciudadano que haya desempeñado el cargo de Presidente de la República, electo popularmente, o con el carácter de interino o sustituto, o asuma provisionalmente la titularidad del Ejecutivo Federal, en ningún caso y por ningún motivo podrá volver a desempeñar ese puesto.

La reforma consistió en reiterar el principio de no reelección del presidente de la República en cualquiera de las modalidades que contempla la Constitución Política. Se agregó a quien asuma provisionalmente la titularidad del Ejecutivo Federal, cuando la falta absoluta ocurra, sea el secretario de gobernación o el presidente de la Cámara de Senadores, si se da el supuesto de que llegado el primero de diciembre, al empezar el periodo presidencial, exista falta absoluta del presidente. Se debatió si resultaba conveniente que la persona que hubiera ocupado la presidencia provisionalmente, acotada en los términos constitucionales, eventualmente por unas cuantas horas, quedará impedido para ocupar el cargo presidencial. El Constituyente Permanente refrendó el principio de no reelección bajo la fórmula inequívoca “en ningún caso y por ningún motivo”.

Artículo 84. En caso de falta absoluta del Presidente de la República, en tanto el Congreso nombra al presidente interino o sustituto, lo que deberá ocurrir en un término no mayor a sesenta días, el Secretario de Gobernación asumirá provisionalmente la titularidad del Poder Ejecutivo. En este caso no será aplicable lo establecido en las fracciones II, III y VI del artículo 82 de esta Constitución.

Quien ocupe provisionalmente la Presidencia no podrá remover o designar a los Secretarios de Estado, ni al Procurador General de la República, sin autorización previa de la Cámara de Senadores. Asimismo, entregará al Congreso de la Unión un informe de labores en un plazo no mayor a diez días, contados a partir del momento en que termine su encargo.

Cuando la falta absoluta del Presidente ocurriese en los dos primeros años del período respectivo, si el Congreso de la Unión se encontrase en sesiones y concurriendo, cuando menos, las dos terceras partes del número total de los miembros de cada Cámara, se constituirá inmediatamente en Colegio Electoral y nombrará en escrutinio secreto y por mayoría absoluta de votos, un presidente interino, en los términos que disponga la Ley del Congreso. El mismo Congreso expedirá, dentro de los diez días siguientes a dicho nombramiento, la convocatoria para la elección del Presidente que deba concluir el período respectivo, debiendo mediar entre la fecha de la convocatoria y la que se señale para la realización de la jornada electoral, un plazo no menor de siete meses ni mayor de nueve. El así electo iniciará su encargo y rendirá protesta ante el Congreso siete días después de concluido el proceso electoral.

Si el Congreso no estuviere en sesiones, la Comisión Permanente lo convocará inmediatamente a sesiones extraordinarias para que se constituya en Colegio Electoral, nombre un presidente interino y expida la convocatoria a elecciones presidenciales en los términos del párrafo anterior.

Cuando la falta absoluta del Presidente ocurriese en los cuatro últimos años del período respectivo, si el Congreso de la Unión se encontrase en sesiones, designará al presidente sustituto que deberá concluir el período, siguiendo, en lo conducente, el mismo procedimiento que en el caso del presidente interino.

Si el Congreso no estuviere reunido, la Comisión Permanente lo convocará inmediatamente a sesiones extraordinarias para que se constituya en Colegio Electoral y nombre un presidente sustituto siguiendo, en lo conducente, el mismo procedimiento que en el caso del presidente interino.

Esta disposición tuvo como propósito evitar que la falta absoluta del presidente pudiera ocasionar un vacío de poder que generara riesgos de crisis de constitucionalidad. Se declara que la designación por parte del Congreso del presidente interino o sustituto, según el periodo presidencial en que la falta absoluta ocurra, deberá ocurrir dentro de un periodo máximo de sesenta días, para evitar lo que fue un punto reiterado en el debate de la reforma y la preocupación de los legisladores de ampliar el plazo en que el presidente provisional cumpla con su encomienda. El debate giró alrededor de la persona que debería ocupar provisionalmente el cargo. Se propuso originalmente al secretario de Gobernación, en tanto es un funcionario designado por el presidente de la República y la iniciativa del Grupo Parlamentario del PRI en el Senado, consideró que sería el funcionario idóneo para ocupar provisionalmente el cargo, pues además la misma iniciativa de los senadores priistas proponía que la titularidad de la Secretaria-

ría de Gobernación es un cargo que debería estar sujeto a ratificación por parte del Poder Legislativo, lo que no ocurrió. Se llegó también a plantear lo que sucedería si además de la falta absoluta del presidente faltara el secretario de gobernación. La iniciativa de los senadores, proponía que fuera el orden de prelación de la Ley Orgánica de la Administración Pública que establece al secretario de gobernación, seguido del de relaciones exteriores y éste del de Hacienda y crédito público. En el debate se llegó a proponer como provisional al secretario de Hacienda y crédito público y si ocurriera una triple falta —presidente, secretario de gobernación, secretario de Hacienda— al secretario de relaciones exteriores, sin que esta propuesta prosperara.

En el supuesto de la designación presidencial se consignó que no serían aplicables los requisitos que fija la Constitución para ocupar el cargo de presidente de la República y que están contenidos en las fracciones II, III y VI del artículo 82 de la Constitución. Es entendible que en un caso de emergencia extrema, como es la falta absoluta del presidente los requisitos como la edad mínima de 35 años, el no desempeñar cargos como el de secretario de Estado —lo que hubiera resultado una contradicción del texto—, subsecretario, y otros, como el no haber residido en el país, no resultaban aplicables al caso del presidente provisional.

El segundo párrafo establece la limitación constitucional que tendría el funcionario designado para ocupar la presidencia provisional. No podrá remover o designar a los secretarios de Estado, ni al procurador general de la República si no cuenta con la autorización de la Cámara de Senadores. Esta regla fue discutida ampliamente en el Congreso. Originalmente la discusión se centró sobre la propuesta de declarar que el presidente provisional sería un “encargado del despacho”. Se consideró que esta expresión no tiene conexión constitucional y no forma parte del lenguaje jurídico sino es una expresión coloquial acreditada por la costumbre, pero sin sustento jurídico. En efecto, se ha utilizado para cuando se encomienda una oficina a un subalterno, ante la falta del titular, señalando con ello que se hará cargo en tanto se designa a quien deba sustituir definitivamente. Se entiende que la persona designada no podrá hacer uso de todas las facultades que la Constitución confiere al presidente de la República, en específico las de designación de sus colaboradores directos. Nada dice por ejemplo de la facultad presidencial de designar a los funcionarios llamados de segundo nivel, subsecretarios, oficiales mayores o subprocuradores. Uno de los senadores (Pablo Gómez) criticó esta fórmula al considerar que el presidente provisional podría hacer que los secretarios o el procurador general de la República renunciara y to-

mar decisiones y dar órdenes a los subsecretarios. En realidad la dificultad real que presenta esta disposición es lejana, pues debemos considerar que el presidente provisional estaría solo unas horas o días al frente de la presidencia, no más de sesenta días, para hacerse cargo de los asuntos diarios, del día a día —como decía una de las iniciativas— y estaría estrechamente vigilado por el Congreso y la opinión pública que en una circunstancia de tal envergadura estaría atenta al quehacer presidencial. El informe que se exige al presidente provisional presente en 10 días a partir del momento en que deje el cargo, puede ser útil para evaluar la actuación del presidente provisional y cerrar con el informe el capítulo. No obstante queda la duda de si la Constitución debe contener disposiciones reglamentarias. ¿Qué sanción se impondría al funcionario que no cumpla con el término?

El tercer párrafo del precepto se refiere a los supuestos de que la falta del presidente ocurra en los dos primeros años del periodo que le correspondería. Se establece la necesidad de un quórum especial, dos terceras partes del número total de miembros de cada Cámara, para que pueda constituirse en Colegio Electoral. El Colegio debe nombrar en escrutinio secreto y por mayoría absoluta de votos al presidente interino en los términos que fija la Ley del Congreso. A los diez días de extender el nombramiento el Congreso expedirá la convocatoria para la elección del presidente que deba concluir el periodo. La reforma a la Constitución incorporó la regla de que entre la convocatoria y la fecha para celebrar la jornada electoral habrá un plazo no menor de siete ni mayor de nueve meses. El presidente electo rendirá protesta ante el Congreso siete días después de concluido el proceso electoral. Sobre este último particular salta a la vista el hecho de que entre la conclusión del proceso electoral —una vez agotados todos los medios de impugnación que establecen las leyes—, la protesta se rendirá a los siete días. Contrasta lo anterior con el llamado interregno que consigna la Constitución vigente, entre la conclusión del proceso electoral, a más tardar el 7 de septiembre y la toma de protesta que ocurre el 1o. de diciembre y que en forma prácticamente unánime la sociedad considera inconveniente, poco práctica y cuya reforma es urgente y necesaria.

Al ocurrir la falta absoluta del presidente en los primeros dos años, podría suceder que el Congreso no estuviera en sesiones, por lo que corresponderá a la Comisión Permanente del Congreso convocar al Congreso a fin de que se constituya en Colegio Electoral, y si la falta absoluta ocurriera en los últimos cuatro años del periodo correspondiente, si el Congreso estuviere en sesiones designará un presidente sustituto que deberá

concluir el periodo. La reforma a la Constitución subsanó una deficiencia del texto anterior que no exigía quórum especial para el Colegio Electoral encargado de nombrar un presidente interino. Ahora para la designación del presidente sustituto se deben seguir las formalidades aplicables a la designación del presidente interino. Es decir si el Congreso estuviera en sesiones deberán concurrir las dos terceras partes del número total de senadores y diputados para constituirse en Colegio Electoral. Igual que para la designación del presidente interino el Colegio Electoral hará la designación en escrutinio secreto y por mayoría absoluta de votos.

Artículo 85. Si antes de iniciar un periodo constitucional la elección no estuviese hecha o declarada válida, cesará el Presidente cuyo periodo haya concluido y será presidente interino el que haya designado el Congreso, en los términos del artículo anterior.

Si al comenzar el periodo constitucional hubiese falta absoluta del Presidente de la República, asumirá provisionalmente el cargo el Presidente de la Cámara de Senadores, en tanto el Congreso designa al presidente interino, conforme al artículo anterior.

Cuando el Presidente solicite licencia para separarse del cargo hasta por sesenta días naturales, una vez autorizada por el Congreso, el Secretario de Gobernación asumirá provisionalmente la titularidad del Poder Ejecutivo...⁶²

El artículo 85 plantea un problema que podría derivar de la hipótesis de que al iniciar un periodo presidencial la elección no se hubiera celebrado o el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, encargado de la declaración de validez de la elección, no la hubiera podido declarar. El presidente en funciones concluirá su gestión y el Congreso habrá de designar un presidente interino. En este supuesto es evidente que el secretario de gobernación no ocuparía la presidencia provisional. En este supuesto sería el presidente de la Cámara de Senadores quien ocupe la presidencia provisional en tanto se designa al presidente interino.

En los casos de licencias solicitadas por el presidente de la República, éstas no podrán ser mayores a sesenta días y deberán ser autorizadas por el Congreso. En las ausencias del presidente el secretario de gobernación ocupará provisionalmente la presidencia.

⁶² *Diario Oficial*, 9 de agosto de 2012.

V. VICEPRESIDENCIA, UNA MIRADA AL SISTEMA ESTADOUNIDENSE

Los antecedentes de la vicepresidencia mexicana han convertido esta institución en un fantasma que nadie desea ver nuevamente. Hace falta, no obstante la mala fama de la vicepresidencia en México, un nuevo juicio informado y un debate sobre la viabilidad de la institución. Entre los tratadistas mexicanos como se vio anteriormente, José Gamas Torruco plantea los problemas del sistema, antes de la reforma de 2012 y ante el riesgo de no encontrar una salida política adecuada, propuso dos posibles soluciones al tema de la sustitución presidencial: (i) reestablecer la vicepresidencia conforme al vigente sistema estadounidense y (ii) ligar la presidencia interina a un cargo determinado que en su opinión no debería ser el del presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sino, eventualmente el de presidente del Congreso de la Unión, en términos de la Ley Orgánica de dicho órgano.⁶³ En efecto, la experiencia histórica mexicana fue desastrosa y los episodios de intrigas y lucha por el poder desacreditaron una institución que merece reconsideración, al menos para comprender sus alcances y precisar sus limitaciones. México tomó para sí la institución presidencial del sistema impuesto por la Constitución de Estados Unidos con el lastre de la solución para la ausencia presidencial a través de la figura del vicepresidente. Solo que la fórmula de la Constitución original de Estados Unidos llevaba consigo un despropósito político. En ese país el vicepresidente original jugó un papel definitivo en la conformación del nuevo gobierno pues había sido electo como presidente y si bien no obtuvo la mayoría de los votos para ocupar la titularidad del Poder Ejecutivo, se trataba del “igual constitucional del presidente” habiendo sido votado para presidente. Era la segunda figura política del país y su expectativa política era suceder al presidente como efectivamente sucedió con los dos primeros vicepresidentes.⁶⁴

No obstante su inscripción en el texto constitucional, una vez que George Washington se retiró de la vida pública, la vicepresidencia sufrió golpes definitivos. Bajo la fórmula de la Constitución el presidente y el vicepresidente pertenecían a partidos políticos distintos. Uno, el presidente, había resultado vencedor en los comicios, mientras el vicepresidente había ocupado el segundo lugar, lo que le confería el cargo de vicepre-

⁶³ Gamas Torruco, José, *op. cit.*, p. 906.

⁶⁴ Corwin, Edward S., *El Poder Ejecutivo. Función y poderes, 1787-1957*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1959, p. 57.

sidente.⁶⁵ Esto cambiaría, como se señaló anteriormente, con la Décima Segunda Enmienda.⁶⁶ Conforme a esta Enmienda los electores votarán para presidente y para vicepresidente en cédulas distintas. La persona que obtenga el mayor número de votos será presidente, siempre que dicho número represente la mayoría de todos los electores nombrados. De igual manera, la persona que obtenga el mayor número de votos para vicepresidente será vicepresidente, siempre que dicho número represente la mayoría de todos los electores nombrados. Si ninguna de las personas propuestas para presidente o para vicepresidente reúne la mayoría, entonces el Senado escogerá al presidente o al vicepresidente entre las dos con mayor cantidad de votos que aparecen en la lista. Se requiere quórum de dos terceras partes del número total de senadores y será necesaria la mayoría del número total para que la elección pueda declararse válida. Pero ninguna persona inelegible para el cargo de presidente con arreglo a la Constitución será elegible para el de vicepresidente de los Estados Unidos.

La historia de la vicepresidencia estadounidense, después de la Décima Segunda Enmienda, tiene enseñanzas interesantes y explica sus ventajas y fallas. Hasta antes de la enfermedad del presidente Dwight D. Eisenhower, en que se llegó a pensar seriamente en su sustitución por el vicepresidente Richard Nixon, que había adquirido una gran presencia política, el tema no había sido abordado por la academia y la arena política. Es claro que en el supuesto de la falta absoluta del presidente correspondería al vicepresidente ocupar el cargo, como sucedió con las faltas de los presidentes Lincoln, sucedido por Andrew Jackson, Franklin D. Roosevelt a quien sucedió Harry Truman en la fase final de la Segunda Guerra Mundial y en forma también dramática en el asesinato del presidente John F. Kennedy, sustituido por el vicepresidente Lyndon B. Johnson o bien cuando ante la renuncia de Nixon, en la parte más álgida del conflicto Watergate, John Ford asumió la presidencia sin haber sido votado. No obstante, no es clara la Constitución en cuanto a la solución que debe darse en caso de ausencia temporal. Se han producido diversas leyes sobre la sucesión presidencial. La ley en vigor data de 1947. Surgió debido al interés del presidente Truman por evitar que el gobierno federal tuviera una traba. Johnson asumió la presidencia en condiciones por demás dramáticas y difíciles. En alguna declaración pública señaló que siempre había sentido pena por el modo en que Harry Truman había accedido al alto cargo, “pero al menos su hombre (Roosevelt) no fue asesi-

⁶⁵ Artículo 2o. Sección 1, de la Constitución de Estados Unidos.

⁶⁶ Promulgada 25 de septiembre de 1804.

nado. Johnson odió ser vicepresidente, “detesto cada minuto (del cargo)” llegó a declarar. “Truman por su parte había dicho que el cargo era tan útil como la quinta teta de una vaca”.⁶⁷

Otra de las cuestiones derivan de la vicepresidencia cuando la figura se utiliza para el propósito central, para suplir al presidente en caso de falta del mismo, es la legitimidad del cargo. Regreso al caso de Lyndon B. Johnson por su dramatismo. A la muerte de Kennedy, Estados Unidos y en alguna medida el mundo se volcó en homenajes de duelo al presidente caído. En Berlín oeste cerca del edificio del ayuntamiento cerca de un cuarto de millón de personas se reunieron a rezar por la memoria de Kennedy. A incontables ciudades, calles, escuelas, edificios, unidades habitacionales, les fueron impuestos el nombre del presidente asesinado. Johnson llegó a declarar: “Pero para millones de americanos sigo siendo ilegítimo. Un pretendiente al trono, un usurpador legal”.⁶⁸

Los vicepresidentes han ido recibiendo facultades más de carácter ejecutivo y se han convertido en verdaderos auxiliares del más alto nivel de los presidentes de Estados Unidos. Sin embargo subsisten lagunas que la ley en vigor no resuelve. El profesor Corwin planteó algunas preguntas:

Importante entre las lagunas que ellas dejan (La Constitución y la Ley de Sucesión Presidencia de 1947) es el problema de la incapacidad del Presidente, surgido muy recientemente a raíz de la enfermedad del Sr. Eisenhower. Y existen otras situaciones concebibles no contempladas por la ley vigente que la que la falta de una solución específica podría trabar seriamente la maquinaria del gobierno. Un futuro Presidente podría ser hecho prisionero de guerra. Si se arrojara una bomba atómica sobre Washington, el Presidente, de tener suerte, podría quedar herido o faltar sólo temporalmente. ¿Que acontecería entonces? ¿Le sucedería el Vicepresidente? De ser así, ¿cuando? ¿Tendría que tambalearse peligrosamente sin ninguna dirección el país hasta que fuera resuelta la cuestión? ¿ Qué atribuciones del cargo heredaría el Vicepresidente? Suponiendo que el Presidente fuera hallado más tarde o se recuperar o escapara: ¿ Permanecería el Vicepresidente en el mando o lo retomaría el Presidente? La ley vigente no contesta ninguna de estas preguntas. Su importancia virtual sugiere que merecen ser estudiadas y resueltas en una atmósfera más calma que la de un ataque sorpresivo, una invasión real o una guerra de fondo.⁶⁹

⁶⁷ Gibbs, Nancy y Duffy, Michael, *The Presidents Club, Inside the World's Most Exclusive Fraternity*, Nueva York, Simon & Schuster, 2012, p. 177.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 178.

⁶⁹ Corwin, Edward S., *op. cit.*, pp. 61 y 62.

En Estados Unidos el vicepresidente tiene a su cargo, derivado del texto constitucional, la tarea de fungir como presidente del Senado. Su función es meramente decorativa pues si bien preside el Senado, no está facultado para votar los asuntos, como es propio de un sistema de división de poderes. No obstante cuando preside el Senado constituido en Colegio Electoral para determinar el resultado de las elecciones y declarar al presidente electo, puede surgir la hipótesis de que el vicepresidente, que ha participado en varias ocasiones en campañas a la presidencia, tenga que declarar su propio triunfo o su derrota, Así ocurrió con el vicepresidente Nixon cuando perdió la elección con Kennedy. La declaración de su propia derrota ha sido considerada por algunos como una indignidad, a pesar de sus declaraciones sobre la estabilidad del sistema constitucional de ese país: “Es la primera ocasión en 100 años que un candidato a la presidencia anuncia el resultado de la elección en la que fue derrotado... No creo que podamos encontrar otro ejemplo más impactante y elocuente de la estabilidad de nuestro sistema constitucional”.⁷⁰ Independientemente de la incomodidad que han sufrido los vicepresidentes en el desempeño de su cargo, la figura ha dado certeza al sistema político estadounidense en momentos de crisis graves.

En nuestro país convendría una revisión y análisis de las ventajas que podría traer consigo la instauración de la vicepresidencia, y su viabilidad, dejando atrás el oprobioso recuerdo de episodios que en lugar de resolver una crisis fueron motivo de conflictos políticos que aún perduran en la memoria nacional.

⁷⁰ Gibbs, *op. cit.*, p. 131.

VISIÓN INTEGRAL DE LA FISCALIZACIÓN.
JORGE CARPIZO.
UN HOMBRE EXTRAORDINARIO

María de la Luz MIJANGOS BORJA

SUMARIO: I. *Organismo especializado en el combate a la corrupción.*
II. *Fiscalización de los partidos políticos.* III. *Hacia un Sistema Integral de Fiscalización.* IV. *Colofón.*

Decir que Jorge Carpizo fue un hombre extraordinario parece un lugar común, pero yo diría que es más bien el punto de partida de todo lo que a él se refiere.

Las últimas conversaciones que tuve con Jorge Carpizo estuvieron referidas a la rendición de cuentas, la transparencia, la fiscalización. Tenía, en estos temas, una posición radical y contundente, porque partía de una de las cualidades que lo caracterizó: la honestidad intransigente. Sí hay temas en los que no puede haber concesiones. Uno de ellos es la administración de recursos, más aún si se trata de recursos públicos, porque son de todos los mexicanos.

Por eso en este artículo me referiré a tres temas: un organismo especializado en combate a la corrupción, la fiscalización de partidos políticos, y un sistema de fiscalización. Asuntos en los que tuve el privilegio de oír sus puntos de vista, aunque lo que aquí plasmo sea totalmente mi posición.

I. ORGANISMO ESPECIALIZADO EN EL COMBATE A LA CORRUPCIÓN

La corrupción en México es un mal generalizado que ha pasado a ser parte de nuestra idiosincrasia. Es un mal que no es privativo de lo público. Es una tarea pendiente porque los esfuerzos por combatirla han sido vanos. Las instituciones que en lo público se han diseñado para ello no han tenido los resultados que se esperaban. En lo privado, la cultura de la “transa”,

como una contravención ingeniosa de la ley, ha permeado hasta la médula de la sociedad.

El grado de corrupción que impera es alarmante y, si bien por su naturaleza es un concepto de difícil medición, los índices que se han elaborado al respecto, sitúan a México consistentemente entre los países más corruptos del continente americano y muy por encima de los niveles de otros países con un desarrollo económico similar. La organización especializada en el estudio de la corrupción, Transparency International (su capítulo en México es Transparencia Mexicana) en un estudio de 2012, situó a México en la posición 105 de 173 en el mundo. Esto significa que el nivel de corrupción en el sector público en México es similar al de países mucho menos desarrollados como Filipinas, Bolivia, Gambia y Malí. Más aún, de 32 países americanos en su estudio, México ocupa el lugar 22 y de 34 países de la OECD, México ocupa el lugar 34.¹

Región	Posición de México en el índice de corrupción	Total de países de la región estudiados
América	22	32
G20	17	19
OCDE	34	34
Total del estudio	105	173

Fuente: Transparency International, *Corruption Perception Index 2012*.

La corrupción es una hidra de muchas cabezas que exige respuestas múltiples y complejas. La dinámica de cambio institucional ha demostrado ser insuficiente en México, pues se han concentrado casi todos los esfuerzos institucionales para democratizar y cambiar al país, en las prácticas y reglas electorales, y se han descuidado el resto de las instituciones y prácticas. Un poder judicial fuerte e independiente, por poner un ejemplo, de nada sirve, si no existe una reforma profunda al Ministerio Público que lo dote de autonomía constitucional. En México es imprescindible construir un sistema de integridad nacional contra la corrupción, que entre

¹ Transparency International, *Corruption Perception Index 2012*, disponible en <http://www.transparency.org/cpi2012/results>. Si bien este índice mide la percepción que tienen los ciudadanos acerca de la corrupción del sector público de su país, no es fácil medir este fenómeno pues por su propia naturaleza es un acto que se esconde y no deja rastros físicos. Por este motivo, la percepción de la corrupción es un indicador válido y usado comúnmente en la literatura especializada como indicador de la corrupción de las instituciones de un país.

otras medidas, además de los cambios de diseño institucional necesarios, parta de las siguientes premisas: 1) la de la coordinación y vinculación entre todas las instituciones de investigación y resolución, federales y locales, que enfrentan la corrupción; 2) la de perfeccionar los mecanismos de combate a la corrupción política porque ésta tiende a convertirse en corrupción pública, una vez que integran los órganos de poder y para ello es necesario: incrementar las atribuciones de fiscalización de los órganos electorales, publicitar los procedimientos de fiscalización a partidos y agrupaciones políticas, derogar el financiamiento privado, y perfeccionar las reglas y principios de equidad para la competencia política; 3) lograr en los órganos de rendición de cuentas (*accountability*) horizontal (tribunales, Ministerio Público, órganos de control externo, electorales, etcétera), mayores niveles de autonomía e independencia, así como de vigilancia ciudadana; 4) dirigir la lucha contra la corrupción no solo a los poderes tradicionales (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), sino a todo el apartado del Estado y a los factores reales de poder; 5) propiciar mayores niveles de participación y deliberación social en las decisiones públicas; 6) transparentar de manera radical (procedimientos y resultados), el aparato del Estado; 7) generar una cultura de la rendición de cuentas; 8) revisar el sistema de responsabilidades de los servidores públicos (políticas penales, administrativas, civiles, laborales, etcétera); 9) modernizar la administración pública y consolidar el servicio civil de carrera; 10) garantizar, fomentar y promover los derechos humanos, es decir, orientar toda la actividad del Estado a su promoción, desarrollo y respeto.²

El combate a la corrupción debe ser una tarea prioritaria, debe ser un componente de toda política pública para evitar su perversión. Para ello la definición de lo que entendemos como corrupción debe ser lo más amplia posible.

Existen diversas orientaciones teóricas para definir lo que debe entenderse por corrupción.³ La que propongo en este artículo, y que he desarrollado en otros trabajos académicos,⁴ es la siguiente:

Corrupción es la violación a un deber posicional, contenido en el sistema normativo, para la obtención de un beneficio extraposicional no inherente al cargo o la función.

² Cárdenas, Jaime y Mijangos, María de la Luz, *Estado de derecho y corrupción*, México, UNAM-Porrúa, 2005, pp. 159 y ss.

³ Véase *ibidem*, pp. 47-107.

⁴ *Ibidem*, p. 62.

Me refiero a deberes y no a obligaciones como Garzón Valdés⁵ porque el concepto de deber es más amplio⁶ que el de obligación y en el tema de la corrupción no hay que dejar resquicios por donde se pueda eludir la responsabilidad.

Las normas del sistema pueden ser reglas o principios. La regla es una norma determinada que tiene una estructura que parte de una premisa mayor o antecedente, una premisa menor o cópula de deber ser y una consecuencia o sanción. La contravención a una regla da lugar a un ilícito típico. Un principio es una norma jurídica que enuncia un valor reconocido por el sistema implícita o explícitamente. La contravención a un principio da lugar a un ilícito atípico.⁷

El tipo de beneficio que derivan de la corrupción y que obtiene el sujeto corrompido es de índole muy diversa. Puede ser un beneficio personal directo o puede ser indirecto a beneficiarios previamente determinados. Es de naturaleza muy diversa: económico, profesional, político, sexual, etcétera. El tipo de beneficio es tan amplio que algunos autores hablan hasta del “buen trato en medios de comunicación”⁸ como una posibilidad de retribución por actos corruptos.

La definición de corrupción que adopte la reforma constitucional será trascendental para el tipo de combate a la corrupción que se tenga y para el diseño del órgano encargado de llevarla a cabo.

En esta definición solo nos referimos al corrupto y no al corruptor. De crearse un organismo que vigile y combata la corrupción, una decisión importante a tomar es si este órgano solo se dedicaría a la investigación y sanción de los corruptos o también lo haría respecto a los corruptores. En cualquier caso, la ley que cree este órgano debe contemplar integralmente el fenómeno y remitir a otros ordenamientos lo que ésta no sancione.

⁵ Véase Garzón Valdés, Ernesto, *Calamidades*, Barcelona, Gedisa, 2004, p. 212. Para este autor “la corrupción consiste en la violación limitada de una obligación por parte de uno o más decididores con el objeto de obtener un beneficio personal del agente que soborna o a quien extorsionan a cambio de beneficios para el sobornador o el extorsionado que superan los costos del soborno o del pago o servicio extorsionado”.

⁶ El deber se entiende como la necesidad de observar voluntariamente una conducta conforme a lo prescribe una norma. Por el contrario, en la obligación hay un vínculo jurídico que obliga a cumplir con la norma.

⁷ Cardenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, 2005. Véase el apartado IV del capítulo 6 “La violación a principios jurídicos”.

⁸ Villoria Mendieta, Manuel, *La corrupción política*, Madrid, Síntesis, 2006, p. 53. “... los beneficios privados para el corrupto son también muy amplios; pueden consistir en dinero, pero también en regalos no monetarios, y, últimamente, es muy importante el trato en medios de comunicación afines al corruptor...”.

Las características de un órgano que combata la corrupción, propongo, son las siguientes: su naturaleza debe ser la de un órgano constitucional autónomo. La corrupción no es privativa de uno de los poderes, o de un nivel gubernamental, por lo tanto no debe estar supeditado a ninguno de los poderes.

La autonomía no solo debe ser orgánica y de gestión, sino también presupuestal para que esa no sea la vía de presión al organismo. En contrapartida debe contar con mecanismos de supervisión precisos que involucren a órganos establecidos por otros poderes. Por ejemplo, que sea auditado por la Auditoría Superior de la Federación pero que la determinación de responsabilidades sea realizada por el Consejo de la Judicatura, o viceversa.

Debe ser un órgano colegiado que a la vez no sea gravoso para el erario. La colegiación permite que las decisiones importantes sean analizadas por más de una persona y que no haya información relevante que pueda permanecer oculta por la presión de quienes sientan afectados sus intereses. La colegiación de los órganos previene la cooptación de sus facultades directivas al aumentar los costos de influir sobre sus decisiones, razón por la cual es importante que un órgano de esta naturaleza sea colegiado.

El nombramiento de los titulares y mandos medios y superiores de primer nivel debe ser riguroso e involucrar a diversos actores de carácter público y privado. Es importante consultar a la sociedad civil y a organizaciones académicas y profesionales sin que este trámite se convierta en un requisito que comprometa a los candidatos. La temporalidad de la designación podría ser de cuatro a siete años, de forma escalonada para cada uno de los miembros, pero sin posibilidad de reelección para no crear el incentivo de tomar decisiones que no afecten a posibles futuros electores.

El registro del patrimonio de los titulares y el análisis de su evolución, es sin lugar a dudas un aspecto que debe formar parte de la regulación de este órgano. Sin embargo, hay que renovarlo porque la declaración patrimonial se ha vuelto algo rutinario. Es necesario pasar al registro de los signos externos de riqueza como viajes, coches, relojes, etcétera, esta regulación alcanzaría a todos los servidores públicos adscritos al órgano, para evitar las triangulaciones.⁹

⁹ En este punto hay que tener una visión moderna porque el uso y disfrute de bienes se ha vuelto casi tan importante como la propiedad de los mismos. Por ejemplo, está la prohibición de los fideicomisos “ciegos”, esto es poner el patrimonio en un fondo o en un fideicomiso en el que no son evidentes las empresas o los intereses. *Cfr.* Transparencia Internacional. Capítulo Chileno, *Normativa sobre conflicto de intereses y Legislación sobre Fideicomiso Ciego*, Documento de trabajo núm. 9, agosto de 2009. También, hay que tener

Anexo al anterior punto, está la regulación de los conflictos de intereses, la seguridad y control en el acceso a la información privilegiada y las restricciones y control de actividades públicas y privadas con posterioridad a la terminación del encargo.

En otros países existe la “declaración de intereses privados”. En este punto se deben declarar: las actividades previas realizadas en los últimos años sean remuneradas o de beneficencia; las empresas o sociedades con las cuales se tenga cualquier vínculo.

En cuanto a sus atribuciones debe contar con amplias atribuciones de investigación que superen el secreto bancario, fiduciario y fiscal y debe administrar los registros patrimoniales y de intereses.¹⁰ El punto de quiebre es qué hacer con la determinación de las responsabilidades administrativas, penales o la responsabilidad patrimonial del Estado.¹¹

La determinación de la presunta responsabilidad administrativa debe estar en este órgano; sin embargo, la sanción de este tipo de responsabilidades exige de un rediseño de lo que conocemos como jurisdicción administrativa. El procedimiento para sancionar a un servidor público debe estar en manos de un juez que lo lleve a cabo para que se cuenten con altos estándares de prueba y en general con las garantías del debido proceso y no se resuelva todo como en la actualidad con una audiencia.

La responsabilidad penal obliga a repensar si este órgano especializado debe ser autónomo, como es nuestra propuesta, o una fiscalía especializada de la Procuraduría General de la República. Sostengo que debe ser un órgano autónomo.

cuidado en no caer en excesos que regulan minucias y dejan fuera a lo relevante, como las normas sobre ética y probidad en el ejercicio de la función pública del Gobierno de Chile que en su artículo 7 señala como prohibición de los servidores públicos utilizar en actividades o viajes particulares el millaje que ofrecen las líneas aéreas por vuelos nacionales o internacionales cuando ese beneficios haya derivado de viajes que hayan obtenido como autoridades o funcionarios y que hayan sido financiados con recursos públicos, DFL No.1/19.653 art. 62. DO 17.11.2011. En todo caso hay que crear una cultura de diferenciación entre lo público y lo privado.

¹⁰ La desaparición o transformación de la Secretaría de la Función Pública es necesaria. Sin embargo se deben replantear las áreas de planeación y de control interno en las dependencias del ejecutivo para que sean verdaderos instrumentos de mejora de la gestión pública.

¹¹ El último párrafo del artículo 113 constitucional de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contempla la responsabilidad objetiva y directa del Estado por lo dados que se causen a los bienes o derechos de los particulares con motivo de una actividad administrativa irregular. Los recientes desastres causados por los fenómenos meteorológicos en viviendas, cosechas, escuelas, carreteras entre otros nos hace reflexionar sobre este tipo de responsabilidad.

De hace muchos años un reclamo de la sociedad, académicos y de los partidos políticos¹² es la autonomía del Ministerio Público. En ese contexto, el órgano especializado en el combate a la corrupción sí podría contar solo con las facultades de investigación y consignar al Ministerio Público sus hallazgos, pero en los términos jurídicos existentes actualmente es mejor considerar un esquema de coordinación con la Procuraduría.

Entre sus facultades debe estar la de poder investigar a entes privados. No se trata solo de combatir a la corrupción de personajes menores, sino también la que involucra las decisiones fundamentales del Estado en las que en últimas fechas hemos visto involucradas a grandes corporaciones transnacionales.

Será importante cuidar la delimitación de las áreas que se yuxtaponen con el crimen organizado y la vinculación con los organismos estatales e internacionales de combate a la corrupción.

II. FISCALIZACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

En nuestros días la corrupción política roza a las elecciones y ello constituye una razón más para la fiscalización de los partidos políticos.

La equidad en la contienda se ha convertido en el hilo conductor del discurso en las reformas electorales. En la reforma constitucional de 2007 la centralidad estuvo en los medios de comunicación. Sin embargo, con la administración de los tiempos del Estado en materia política por parte del Instituto Federal Electoral, se corrigió solo uno de los flancos de muchos que presenta el binomio dinero-elecciones.¹³

¹² Jorge Carpizo insistió en este tema, en uno de sus últimos artículos “¿Se necesita una nueva Constitución en México? Algunas reflexiones y seis propuestas, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 24, enero-junio de 2011, pp. 141-167, incluyó entre sus propuestas “... transformar las procuradurías de justicia —las dependencias ministeriales, en verdaderos órganos constitucionales autónomos, cuyos ejes serían: adecuado nombramiento de los procuradores, la creación de los Consejos del ministerio públicos y los de la policía de investigación”. p. 164. Años antes, Jaime Cárdenas había hecho una serie de propuestas que incluían la autonomía del Ministerio Público véase Cárdenas Gracia, Jaime, *Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996.

¹³ El binomio puede ser más general como dinero y partidos, así denominó Jorge Alcocer el libro que compiló y que ya en 1993 destacaba la preocupación que existe por regular controlar este fenómeno. Véase Alcocer V., Jorge, *Dinero y Partidos*, México, Nuevo Horizonte Editores, 1993.

Adicionalmente, la citada reforma estableció el régimen de fiscalización de los partidos políticos nacionales a cargo de un órgano técnico del Consejo General del Instituto Federal Electoral denominado Unidad de Fiscalización de los Recursos de los Partidos Políticos.¹⁴ Se creó un órgano con amplias atribuciones constitucionales que no está limitado por los secretos bancario, fiduciario y fiscal.

Esta Unidad tiene tres atribuciones de fiscalización fundamentales: 1) respecto del origen y monto de los recursos que reciben los partidos políticos; 2) respecto del ejercicio de esos recursos; 3) respecto al destino.

El Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales determinó que la Unidad de Fiscalización ejerciera sus atribuciones básicamente a través de la revisión de Informes que obligatoriamente deben presentar los partidos políticos. Hay cuatro tipos de informes.

En primer lugar los partidos políticos deben presentar informes sobre el origen y monto de los ingresos que reciben de forma ordinaria, sobre cómo los administran y sobre su destino final. Este tipo de informes puede ser trimestral o anual.

Los informes trimestrales se presentan dentro de los treinta días siguientes a la conclusión del trimestre de que se trate y contienen los ingresos y gastos realizados por el partido en ese periodo. La obligación de presentar este tipo de informes se suspende durante el año del proceso electoral.

Los informes anuales se presentan dentro de los primeros sesenta días del año siguiente al del ejercicio que se informa. Se deben reportar todos los ingresos que se obtuvieron y todos los gastos que se erogaron para el sostenimiento de sus actividades ordinarias y para las actividades específicas que les ordenan las normas.¹⁵ Junto a este informe se debe presentar el estado consolidado de la situación patrimonial para conocer los activos, pasivos y el patrimonio que incluye un informe detallado de los bienes inmuebles propiedad del partido. Todos estos informes deben estar autorizados y firmados por un auditor externo.

¹⁴ En otros países existe un sistema mixto en el cual a las Juntas Electorales les corresponde revisar el cumplimiento de las normas relativas a los ingresos y gastos de las campañas y a la Entidad de Fiscalización Superior la fiscalización el control de los recursos públicos que de forma ordinaria se entregan a los partidos. Véase Cortes Bureta, Pilar, *Recursos públicos y partidos políticos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

¹⁵ De acuerdo con el artículo 78, numeral 1, inciso c, del COFIPE las actividades específicas de los partidos políticos son las de educación y capacitación política, investigación socioeconómica y política y las tareas editoriales de los partidos políticos. A este rubro le deben destinar un 3% del monto que corresponde a las actividades ordinarias. También, deben destinar anualmente por lo menos del financiamiento público que re-

Financiamiento ordinario de los últimos ocho años a precios nominales

	2006	2007	2008	2009
Total	\$2,068,375,613.73	\$2,669,483,591.88	\$2,538,574,217.09	\$2,731,629,587.70
	2010	2011	2012	2013
Total	\$2,910,057,120.41	\$3,119,352,241.63	\$3,361,120,841.57	\$3,563,925,973.66

Fuente: Cifras de DEPPP disponibles en www.ife.org.mx

Durante los años en que se realiza el proceso electoral también hay informes de precampaña y de campaña. La obligación de presentar informes es a cargo del partido político pero debe presentarlo por cada uno de sus precandidatos a cargo de elección popular registrado para cada tipo de precampaña y se deben presentar dentro de los treinta días siguientes a la conclusión de la precampaña.

Los informes de campaña se presentan para cada una de las campañas especificando los gastos que en un ámbito territorial el partido político y el candidato hayan realizado, de aquí surge la diferencia entre gastos directos —los del candidato— y gastos centralizados —los que realiza el partido— y el principio de aplicación de los gastos en función del lugar de origen de la campaña. Los partidos presentan un Informe preliminar con datos al 30 de mayo del año de la elección dentro de los 15 primeros días de junio y el Informe final se presenta dentro de los sesenta días siguientes al de la jornada electoral, que al ser hábiles nos lleva hasta después de la calificación de la elección presidencial.

La primera vez que se aplicó este modelo de fiscalización fue en las elecciones intermedias de 2009. Sin embargo, realmente se puso a prueba en la elección presidencial de 2012. Su aplicación denotó insuficiencias estructurales y de diseño y deficiencias en la interpretación.

1. *Insuficiencias estructurales y de diseño*

A. *Se parcializa el fenómeno de los recursos de los partidos políticos*

La fiscalización en México, generalmente, está parcializada. La Auditoría Superior de la Federación revisa la cuenta pública y no toma en cuenta las acciones que pudieran vincular en el ejercicio de la función pública

ciben para la capacitación, promoción y desarrollo del liderazgo político de las mujeres. Artículo 78, numeral 1, inciso a, fracción V.

a quien antes fue candidato a un cargo. La división entre quienes tienen la atribución de fiscalizar es un espacio de impunidad. El tema de los recursos que los partidos políticos utilizan en sus campañas debe tener una visión integral que permita investigar a todos aquellos que tienen relación con los candidatos hasta años después de que concluyeron las campañas.

B. No se cuenta con una regulación homogénea y armónica de las finanzas de los partidos políticos

La calidad de la información es muy importante para la fiscalización. Debe existir una contabilidad única para todos los partidos, pero debe ir más allá de las normas de registro, para visualizar el fenómeno financiero en su conjunto.¹⁶ Esto es, debe incluir una regulación sobre el manejo de efectivo y el financiamiento a partidos.

El caso conocido como MONEX que en síntesis fue un contrato de mutuo con interés entre el Partido Revolucionario Institucional y la empresa Alkino Calidad y Servicios S. A. de C. V., para la disponibilidad inmediata de recursos monetarios a través de tarjetas de prepago, dejó al descubierto que los contratos con particulares son una vía que escapa —en una visión reduccionista de la rendición de cuentas— al control de la Unidad de Fiscalización y puede ser un mecanismo de financiamiento que puede dar lugar a la simulación de aportaciones.

Es importante además, que acorde con los avances tecnológicos, la contabilidad de los partidos políticos esté en línea y sea capturada en tiempo real, no solo para efectos de la oportunidad en la fiscalización, sino para que no pueda ser modificada o alterada con posterioridad y quede el registro de cualquier cambio que se realice.

C. Las atribuciones del Consejo General se redujeron a la aprobación de sus dictámenes y resoluciones

La reforma electoral al Cofipe en 2008 desapareció la Comisión de Fiscalización integrada por consejeros electorales, ello los dejó en el “limbo de la ignorancia” a la hora de aprobar los dictámenes pues éstos de conformidad

¹⁶ Ángel Rodríguez López señala que existen diversas razones para la implementación de un modelo contable normalizado: 1) para la adecuada gestión de sus recursos; 2) por el hecho de obtener financiamiento público; 3) para contar con legitimidad; 4) por razones éticas y de credibilidad; 5) por el volumen de sus operaciones y actividades que es similar al de grandes empresas. *Cfr.* Rodríguez López, Ángel, *Contabilidad y financiación de los partidos políticos*, Madrid, Edición Fiscal CISS, 2011.

con el artículo 84, numeral 1, inciso d, del Cofipe se presentan al Consejo General tres después de que fueron concluidos. Es evidente que en setenta y dos horas no se puede revisar un dictamen que integra la información de miles de millones de pesos, con lo cual la aprobación se convierte en una mera formalidad que deja el trabajo de la Unidad sin dirección.

D. Oportunidad de la fiscalización

La fiscalización tiene como objetivo detectar infracciones o violaciones a la ley a fin de imponer sanciones que buscan inhibir comportamientos financieros contrarios a la ley. Lo que se pretende evitar básicamente es la inequidad en la contienda y la corrupción política. Ambas finalidades, pero sobre todo la primera, tienen su oportunidad política antes de la calificación de la elección. La aprobación de los dictámenes y de las resoluciones correspondientes tanto del Informe de campaña como del ordinario se presenta más de un año después de que acabó el proceso electoral. En consecuencia, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en la calificación de la elección¹⁷ no cuenta con elementos para valorar si la contienda fue equitativa en términos de la igualdad de oportunidades, del gasto efectuado y de la probable existencia de irregularidades como aportaciones prohibidas o compra de votos.

E. No se reguló el problema del clientelismo

Para Villoria Mendieta¹⁸ hay diferentes tipos de clientelismo el electoral, el burocrático y el de partido. En el clientelismo electoral el cliente es un votante que otorga su voto al partido por mayores favores y beneficios materiales por las promesas hechas personalmente por el candidato. Es lo contrario a aplicar políticas de forma objetiva y universal.

La regulación en el Cofipe sobre presión o coacción al voto es muy difícil de probar porque requiere de elementos objetivos como la determinancia en el sentido del voto que elevan el estándar probatorio. Es

¹⁷ El artículo 210, numeral 6, del Cofipe prescribe que la etapa de dictamen y declaración de validez de la elección, se inicia al resolverse el último de los medios de impugnación que se hubiesen interpuesto en contra de esa elección. Por su parte, el artículo 58 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral dispone que los juicios de inconformidad relativos a la elección presidencial a más tardar el 31 de agosto del año de la elección. Con lo cual los primeros días de septiembre suele calificarse la elección, mucho antes de que siquiera se haya presentado el Informe Final de los ingresos y gastos de campaña.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 190.

indudable que la entrega de propaganda electoral impresa o adherida a objetos, la entrega de tarjetas intercambiables por bienes o servicios, y las promesas personalizadas deben estar perfectamente definidas y tener límites claros o estar prohibidas por la legislación.

F. Redefinir la eficacia del tope a los gastos de las campañas

En este punto las posiciones son diametralmente opuestas. Hay quienes quisieran que el rebase fuera una causal de nulidad de la elección¹⁹ y hay quienes proponen que desaparezca por no estar acorde con la realidad. Lo que es cierto en ambas posiciones es que la forma en la que actualmente se regula el tope de gastos es ineficaz pues culmina en una sanción que de ninguna manera es disuasoria, al tiempo que se propicia la simulación y la opacidad porque es de todos sabido que los costos reales de una campaña electoral están por encima de los límites que al respecto marca el Consejo General en función de la fórmula legal determinada para este efecto.

2. Deficiencias en la interpretación

En la fiscalización del proceso electoral federal 2011-2012 quedó de manifiesto que reforma electoral constitucional no fue debidamente traducida en las normas secundarias y reglamentarias, lo que propició que la interpretación de la Unidad de Fiscalización o de la mayoría del Consejo General fuera en contra de la transparencia, la equidad y la rendición de cuentas. A continuación expongo algunos casos.

A. La autonomía de gestión se entendió como autonomía técnica

El artículo 41 constitucional, Base Tercera, apartado D, prescribe que la fiscalización de las finanzas de los partidos políticos estará a cargo de un órgano técnico del Consejo General dotado de *autonomía de gestión*.²⁰ La in-

¹⁹ Hace veinte años, en un artículo publicado a propósito de un seminario sobre financiamiento de los partidos políticos escribía que aunque se ha demostrado que el efecto disuasivo de las sanciones es mínimo no por ello hay que dejar de realizar los controles necesarios y señalar las conductas para que éstas no queden impunes. Igualmente comentaba la gravedad de las penas en otros países al exceder el máximo legal permitido para los gastos electorales o por falsificar la información contenida en sus declaraciones que llegaba a penas de prisión o a la inelegibilidad como candidato. *Cfr.* Mijangos Borja, María de la Luz, “Control sobre el financiamiento a los partidos políticos”, *Aspectos jurídicos del financiamiento de los partidos políticos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, pp. 199-216.

²⁰ Énfasis añadido.

interpretación que en el reglamento y en los hechos se hizo confundió que la Unidad de Fiscalización fuera un órgano técnico, entendiendo por ello un órgano especializado, conformado por servidores públicos calificados en la fiscalización, con el hecho de que contaran con autonomía para: *i*) establecer sus procedimientos internos de auditoría; *ii*) no presentar al Consejo General sus criterios, y *iii*) que sus dictámenes fueran modificados.

B. Clasificación del gasto y prorrateo

En este punto existieron tres interpretaciones que causaron distorsiones. La primera se refiere a la forma de clasificar los gastos que benefician al candidato directamente de aquellos que son genéricos porque hacen referencia al partido político. En el reglamento de fiscalización la división entre gastos directos y gastos centralizados se realizó tomando en cuenta su origen, esto es la cuenta de la cual provenían. Sin embargo, lo anterior da lugar al problema de los gastos que realiza el partido pero que benefician directa y exclusivamente a un candidato, lo que en los hechos —pero no en derecho— es un gasto directo.

Aunado a lo anterior existieron otros dos problemas asociados directamente al problema del prorrateo²¹ del gasto centralizado o aplicación del gasto a cada una de las campañas beneficiadas. El método que se utilizó fue el del artículo 77 numeral 1 del Reglamento. Esta norma se conforma de dos incisos. En el primero de ellos, en el inciso *a*, la división, de por lo menos el 50% del gasto, se realiza en partes idénticas entre las campañas beneficiadas. Sin embargo la norma no define lo que debe entenderse por campaña beneficiada a la diversidad de gastos²² y de variables como la inclusión y el tamaño del nombre e imagen del candidato, la presencia en los eventos, la forma de comprobar el gasto y sobre todo el elemento territorial.

²¹ De acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua prorratear es: “Repartir una cantidad entre varias personas, según la parte que proporcionalmente toca a cada una”.

²² El artículo 229 contiene una clasificación de los gastos de campaña que es la que se toma en cuenta para definir el tope de gastos. Los divide en gastos de propaganda; gastos operativos de la campañas; gastos de propaganda en diarios, revistas y otros medios impresos, gastos de producción de los mensajes en radio y televisión. Los gastos de propaganda se subdividen en bardas, mantas, volantes, pancartas, equipos de sonido, eventos políticos realizados en lugares alquilados, propaganda utilitaria, por señalar algunos. Los gastos operativos de la campañas comprenden los sueldos del personal eventual, arrendamiento eventual de bienes muebles e inmuebles, gastos de transporte de material y personal, etcétera.

En el aspecto territorial quiero detenerme para señalar que el artículo 83, numeral 1, inciso *d*, señala expresamente que los informes de campaña están referenciados al ámbito territorial correspondiente a cada candidato por lo que la Unidad de Fiscalización debió haber presentado al Consejo General a aprobación un acuerdo mediante el cual la contabilidad y prorrateo que realizaran los partidos debería ser de carácter distrital, para que los Informes reflejaran fielmente los gastos efectivamente realizados para cada campaña y que el criterio del beneficio que se utilizó fuera lo más cercano a la realidad. Por el contrario, la Unidad de Fiscalización permitió que el prorrateo se hiciera de forma conjunta, ya fuera nacional, lo cual podría dar lugar a prorratear un gasto entre 365 campañas,²³ o agrupando estados o en el mejor de los casos por entidad.

La interpretación del artículo 177, numeral 1, inciso *a*, que realizó la Unidad de Fiscalización causó confusión, distorsiones, simulación, porque se introdujeron elementos para parecer que se beneficiaba una campaña y en algunos casos permitió la aplicación de criterios diferenciados entre los partidos.

En el inciso *b* del citado artículo se hace referencia al resto del gasto que no se prorrateó con el método del inciso *a* y que puede ser hasta de un 50%. Aquí se dice que se tomarán en cuenta los criterios y bases que cada partido o coalición adopte *en concordancia con las campañas beneficiadas*. Con independencia de la constitucionalidad de esta norma, la Unidad de Fiscalización se quedó con la primera parte de la norma y permitió que los partidos libremente le presentaran los porcentajes que se aplicarían a cada campaña sin tomar en cuenta que debía hacer una concordancia, esto es una correspondencia con la campaña que se señala como beneficiada.

Las diferencias que se presentaron entre los partidos dio lugar a sensibles diferencias entre los gastos de un candidato y otro y a que una de las finalidades de la fiscalización —la equidad en la contienda— no se cumpliera. Si bien se argumentó que esta norma había sido aplicada en ocasiones anteriores, sin embargo en otras elecciones había obedecido a la falta de una fiscalización especializada y dejaba a la buena fe de los partidos el que ellos que tenían el mayor conocimiento de sus finanzas dijeran en qué porcentaje había sido beneficiada cada campaña. Esto resultó injustificable cuando el modelo de fiscalización contempló un órgano técnico, como antes dije, altamente especializado.

²³ 300 candidatos a diputados, 64 candidatos al Senado y 1 candidato presidencial.

C. *Coaliciones parciales*

La interpretación que la Unidad de Fiscalización realizó de la coalición parcial fue la del máximo beneficio, dando lugar a situaciones inequitativas para la coalición total y los partidos políticos que participaron en la contienda. Si bien el artículo 98.2 del Cofipe establece que, “los partidos políticos coaligados, según el tipo de coalición de que se trate, se sujetarán a los topes de gasto de campaña que se hayan fijado para las distintas elecciones, *como si se tratara de un solo partido*”. En otras palabras, no podrán sumar sus topes de campaña para poder gastar más que los partidos no coaligados o las coaliciones totales, la Unidad de Fiscalización permitió que el PRI prorrateara entre todas las campañas.²⁴

Durante el proceso electoral federal 2011-2012, el PRI y el PVEM realizaron un total de 510 campañas: 220 en coalición más 145 cada uno de forma separada. La otra coalición y los partidos políticos realizaron 365. Por lo tanto al tratar a la coalición al PRI y PVEM como una sola unidad tendrían la posibilidad de prorratear el gasto centralizado entre 145 cuentas de campaña adicionales. Por lo que se refiere al tope de gastos de campaña la situación es similar, el umbral de topes de gastos de campaña presidencial, de senadores y diputados en conjunto para cada partido y para la coalición total fue de 977 millones de pesos, para la coalición parcial fue de 673.3 millones de pesos, pero si le sumamos los topes de gasto de campaña de las 145 campañas que formaron parte de la coalición el límite ascendería a 1280 millones de pesos.

D. *Interpretación restrictiva de las normas*

La experiencia de este proceso de fiscalización dejó al descubierto que la visión de la fiscalización fue reduccionista que en lo jurídico prevaleció el formalismo y en lo contable la óptica registral, aunque ambas estuvieran o fueran contrarias a la realidad. La superación del secreto bancario, fiduciario y fiscal no fue lo suficientemente contundente para lograr investigaciones que cumplieran con los fines de la fiscalización.

Faltó maximizar el principio de rendición de cuentas al que están obligadas todas las personas e instituciones que utilicen recursos públicos, como los partidos políticos, y contar con un programa amplio de auditorías, visitas e inspecciones a partidos y empresas contratantes

²⁴ Véase al respecto el voto particular que presentó el consejero electoral Benito Nacif Hernández, en la aprobación del dictamen consolidado y el proyecto de resolución relativo a los informes de gasto de las campañas presidencial, de senadores y diputados para el proceso electoral federal 2011-2012.

con ellos, aprobado por el Consejo General antes del inicio del proceso electoral, así como con una serie de convenios de colaboración para que el Sistema de Administración Tributaria, la Secretaría de la Función Pública y la Auditoría Superior de la Federación auditaran los gastos de los particulares y gobiernos de los tres niveles a fin de que no hubieran aportaciones prohibidas, desvió de recursos públicos o utilización de programas gubernamentales con fines electorales.

III. HACIA UN SISTEMA INTEGRAL DE FISCALIZACIÓN

El ejemplo práctico que aquí he comentado y la necesidad de un órgano especializado en el combate a la corrupción nos indican que se requiere de un sistema integral de fiscalización. Esto es, de la conjunción de todos los órganos de fiscalización en conjunto estructurado con estrechos vínculos entre sí.

Los dilemas que tiene que superar este sistema son dos: la autonomía y la temporalidad.

El tema de la autonomía está referido a la independencia de los poderes constituidos y de los poderes fácticos, pues tendrá que revisar a quien participó en su nombramiento y a quien puede iniciarle una guerra que eventualmente acabará en su destitución. Los incentivos para no fiscalizar o para simular son muy grandes y perversos. Las garantías de inamovilidad a sus titulares no son suficientes, aunque indudablemente son necesarias.

El sistema de fiscalización es una red de protección porque en la medida que los casos de corrupción no permanecen ocultos en la reserva de los procedimientos y se aumenta el número de personas que tienen conocimiento de él, se inhibe la posibilidad de presionar.

La coordinación del sistema de fiscalización debe estar, entonces en un ente autónomo. Jorge Carpizo siempre impulsó la autonomía de la Auditoría Superior de la Federación,²⁵ sin embargo, al día de hoy no se ve entre las reformas respecto de las cuales los partidos han señalado su imperiosa aprobación, ni siquiera se vislumbra entre las posibles.

La falta de autonomía de la Auditoría Superior de la Federación minimiza su liderazgo y le resta la presencia que debe tener como entidad superior de fiscalización.

²⁵ Véase Ackerman, John y Astudillo, César (coords.), *La autonomía constitucional de la Auditoría Superior de la Federación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.

Sería recomendable que en la creación de un órgano especializado en el combate a la corrupción se contemplara la creación de un sistema de fiscalización, que tuviera como cabeza a un órgano autónomo.

En este sistema deben estar integrados los órganos internos de control que deben estar dentro de las áreas de planeación o mejora regulatoria de cada Secretaría, institución, u órgano autónomo. El control interno es necesario, pero no con una visión sancionadora sino de acompañamiento y avance de la función pública.

Deben formar parte también todos los órganos que realizan fiscalización o control externo. Aquí encontramos a las entidades superiores de fiscalización pero también a órganos como la Unidad de Fiscalización del Instituto Federal Electoral y a otros órganos que seguramente realizan estas funciones en áreas estratégicas como las telecomunicaciones o energía.

En cuanto a la temporalidad el principio de anualidad que rige a las entidades superiores de fiscalización las ha limitado para conocer situaciones que no forman parte del ejercicio que están revisando. En este sentido, el sistema de fiscalización deben contar con un procedimiento de avisos o remisiones para aquellas situaciones que rebasen en el tiempo —hacia atrás o hacia delante— un año fiscal o calendario.

Adicionalmente, la visión temporal tiene otra dimensión: la de la secuencia en los favores o beneficios de la corrupción. El beneficio extrapositional que obtiene el corrupto se da en un momento, pero la violación al deber puede darse en otro posterior, con lo cual la detección del mismo es inviable en un sistema como el que tenemos actualmente. Cada vez es más frecuente leer en la prensa internacional que los aportantes a las campañas electorales obtienen los mejores contratos una vez que el candidato gana la elección respectiva.

Las grandes licitaciones deben llevar a una revisión de sus ganadores hasta cinco años atrás en cuanto a vínculos, donativos y otros contratos conexos. Por lo que las áreas de riesgo, que están perfectamente detectadas, deben tener una fiscalización secuenciada. Solo en un sistema integral de fiscalización se dará un combate efectivo a la corrupción.

IV. COLOFÓN

Algunas de estas reflexiones formaron parte de mis últimas conversaciones con Jorge Carpizo. En una de las últimas llegamos a la conclusión que

era necesario que la Universidad retomara el liderazgo en esta materia y creara un Programa sobre la Fiscalización.²⁶

Revisé, con ayuda de otros amigos, la Legislación Universitaria que requiere que dos o más facultades o Institutos participen en su conformación para que crear esa interdisciplinariedad necesaria. Ahí se quedó el proyecto.

Este programa tendría tres fines primordiales: 1) contar con un espacio en donde se llevara a cabo investigación específica sobre las mejores prácticas en materia de fiscalización; 2) resolver el dilema “quién fiscaliza al fiscalizador”. En este Programa Universitario se contaría con un observatorio que pudiera incluso llegar a replicar algunas auditorías²⁷ para garantizar no solo la estricta observancia de los procedimientos sino también que los resultados no dejaran de lado —por decir lo menos— hallazgos relevantes; 3) fomentar la cultura de la honestidad. La revisión de los programas educativos requiere poner en el lugar que le corresponde a la corrupción e impulsar una cultura ética laica.

Así llegábamos al interminable e insoluble punto de debate: a pesar de los buenos diseños institucionales, las cualidades personales de los hombres que las dirigen hacen la diferencia. Pocos hombres extraordinarios como Jorge Carpizo, pero al menos requerimos mujeres y hombres comprometidos con la honestidad y con un gran amor a México como lo fue él.

²⁶ Como el Programa Universitario de Estudios de Género creado en 1992 que ha consolidado los estudios en esta materia a través de investigaciones de alto nivel.

²⁷ En el Reino Unido la National Audit Office trabaja en el seno de INTOSAI (International Supreme Audit Organization) las “peer reviews” —revisiones entre pares— para fortalecer la credibilidad e integridad de los órganos de fiscalización. Este comité emitió una guía a la cual se deben sujetar este tipo de auditorías.

LOS PRESIDENCIALISMOS LATINOAMERICANOS

Humberto NOGUEIRA ALCALÁ*

SUMARIO: I. Palabras iniciales. II. Los diversos tipos de presidencialismo democrático en América Latina. III. Consideraciones sobre la práctica política de los regímenes presidencialistas en América Latina. IV. Consideraciones finales sobre el presidencialismo latinoamericano.

I. PALABRAS INICIALES

Deseamos brindar un testimonio de reconocimiento al querido colega y amigo Jorge Carpizo, quien nos dejara de acompañar en nuestro peregrinaje terreno en forma tan repentina y poco esperada. Sin embargo, Jorge seguirá presente en la comunidad de constitucionalistas latinoamericanos por su destacada obra y tarea académica, de autoridad universitaria y en cargos nacionales en México, como por su relevante tarea como presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional hasta el día de su fallecimiento.

Queremos testimoniar nuestro afecto, tratando uno de sus temas de análisis y preocupación académica, el presidencialismo latinoamericano, respecto del cual tuvimos muchos diálogos a través de los distintos encuentros, seminarios y congresos desarrollados en varias décadas de actividad académica.

1. Concepto genérico de presidencialismo

El presidencialismo latinoamericano tiene ya casi dos siglos de desarrollo desde sus primeros balbuceos institucionales al inicio de la constitución

* Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad Católica de Lovaina la Nueva, Bélgica; profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Talca; director del Centro de Estudios Constitucionales de Chile y del Doctorado en Derecho de la Universidad de Talca, Chile; vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional; miembro del Consejo Directivo de la Academia Judicial de Chile.

de nuestras repúblicas al triunfar los procesos independentistas en la segunda e inicios de la tercera década del siglo XIX, donde ya se pueden ver matizaciones específicas, aun cuando ellas operan dentro de un marco institucional básico común.

El *presidencialismo latinoamericano* podemos conceptualizarlo, genéricamente, como un tipo de gobierno democrático representativo de separación de poderes, dotado de un Ejecutivo monista cuyo órgano central es un presidente de la República elegido por sufragio universal, por un periodo fijo de tiempo, responsable políticamente solo ante la ciudadanía, quien desempeña las funciones simultáneamente de jefe de Estado, de jefe de gobierno y de la administración, siendo los ministros colaboradores en la función de gobierno mientras cuenten con su confianza política. El presidente de la República desempeña importantes funciones colegisladoras junto al Congreso, el cual dispone además de facultades fiscalizadoras del gobierno y puede hacer efectiva la acusación constitucional del presidente, los ministros y otras autoridades.

Este presidencialismo latinoamericano, como ya señalaba Jacques Lambert, desde una perspectiva de primera mitad del siglo XX, es un régimen original que responde a un doble imperativo; la necesidad, por una parte, de dotar al jefe del Ejecutivo los medios de gobierno amplios que exige la situación peculiar de países en vías de desarrollo y, por otra parte, la necesidad de limitar dichos poderes en países que no se resignan a la arbitrariedad y el abuso de poder¹ y desean ser auténticos estados de derecho democráticos.

Sagüés, recuerda la perspectiva de Alberdi del siglo XIX, en el capítulo XXV de sus Bases donde puntualizaba “tres ideas-fuerza sobre el gobierno en América Latina: a) de su formación depende la suerte de los Estados Unidos de la América del Sur; b) resulta necesario un presidente constitucional que pueda asumir las facultades de un rey en el instante que la anarquía lo desobedece como presidente republicano, y c) dad al Poder Ejecutivo todo el poder posible, pero dádsele por medio de una Constitución”.²

¹ Lambert, Jacques, “Amérique Latine”, *cit.*, p. 22. Véase también, Blondel, J. *et al.*, 1981; *El Gobierno: estudios comparados*, Madrid, Alianza Universidad; Almond, Gabriel y Birchman, Powel, *The comparative politics. A development Approach*, Lille, Brown & Co., 1966; Liphart, Arend, *Las democracias contemporáneas. Un estudio comparativo*, Barcelona, Ariel, 1991; Jiménez de Parga, M., *Los regímenes políticos contemporáneos*. 6a. ed., Tecnos, 1983.

² Sagüés, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional*, t. I, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1997, p. 443.

En una perspectiva similar, haciendo un diagnóstico de la situación del presidencialismo, un destacado intelectual peruano, Víctor Andrés Belaúnde, señalaba: "... podemos decir, sin exageración que el Presidente de la República es un virrey sin monarca, sin Consejo de Indias, sin oidores y sin juicio de residencia".³

Este presidencialismo latinoamericano ha sido denominado también por autores europeos como "*cesarismo representativo*", para quienes el régimen, si funciona correctamente, establece un poder del jefe de Estado amplio pero limitado, estando sometido a distintos tipos de control político y fiscalización jurídica; el presidente de la República ejerce sus funciones según una regla constitucional preestablecida, respetando las demás instituciones y órganos estatales, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, asimismo el texto constitucional asegura y garantiza los derechos fundamentales. La autoridad del presidente proviene de una elección popular desarrollada en forma competitiva, en elecciones libres, informadas y transparentes. El mandato presidencial es fijo y acotado en el tiempo, no excediendo de seis años; el presidente de la República posee amplios poderes de los cuales solo responde ante el pueblo que lo eligió, aun cuando comparte el poder político del Estado con un parlamento con prerrogativas limitadas, ya que el Ejecutivo se convierte en órgano colegislador con importantes atribuciones en esta materia. El Poder Judicial en este esquema desarrolla sus funciones y atribuciones con independencia funcional del gobierno y del Congreso Nacional o parlamento.

La preponderancia presidencial en América Latina⁴ ha buscado explicarse a través de diversos factores, entre ellos pueden señalarse los siguientes: a) la tendencia a la personalización del poder en la persona del presidente de la República, producto de un cierto grado de inmadurez política o de un limitado nivel de cultura política del pueblo; b) la manipulación del Congreso por el presidente a través de favores electorales y elementos de corrupción, que aparecen hasta el presente en diversos

³ Belaúnde, Víctor Andrés, "La crisis presente", en *Obras Completas*, t. II, Lima, 1987, p. 86.

⁴ Sánchez Agesta, Luis, *Curso de derecho constitucional comparado*, Universidad de Madrid, 1980, pp. 245-246; Carballo, M., "Le caractère présidentiel des régimes politiques ibéroaméricains", en *Études offertes à J. Lambert*, París, Cujas, 1976, pp.147-163; Nogueira, Humberto, *Les formes de gouvernement au Chili*, Tesis doctorado en Derecho Constitucional. Universidad Católica de Lovaina, Lovaina La Nueva, Bélgica, 1983; García Belaúnde, D. et al., *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, España, Dykinson, 1992; Quiroga Lavié, H., *Derecho Constitucional latinoamericano*, México, UNAM; Cumplido Cereceda, Francisco, *El sistema democrático en América Latina*, Santiago, ICHEH, 1984.

estados latinoamericanos; *c*) en ocasiones un presidente de la República que es el líder político no solo del gobierno sino también de una mayoría parlamentaria, debilitándose los controles interorgánicos, especialmente, si el presidente es reelegible inmediatamente o en forma indefinida; *d*) el adaptarse a las necesidades de la realidad de países en vías de desarrollo, en la mayor parte de los casos, lo que a menudo lleva a la concreción de políticas populistas de corto plazo, y *e*) el otorgamiento al presidente de la República, de poderes mucho más amplios de los que no dispone el presidente de los Estados Unidos de América.⁵

Cualquiera que sea el peso en los diferentes países latinoamericanos de cada uno de los factores señalados, al menos hay un hecho objetivo de carácter normativo constitucional, que se hace presente siempre, la amplitud de los poderes presidenciales por encima de los que posee el presidente de los Estados Unidos de América,⁶ lo que permite diferenciar desde el punto de vista jurídico los presidencialismos latinoamericanos en sus distintas variantes del tipo de gobierno presidencial propio de los Estados Unidos de América.

2. Las competencias de los presidentes latinoamericanos en materia legislativa y poderes de crisis

Los presidentes latinoamericanos disponen a menudo de las siguientes atribuciones que no posee constitucionalmente el presidente de los Estados Unidos en materia legislativa: iniciativa de ley; iniciativa exclusiva de ley en ciertas materias; declaración de urgencia en la tramitación de los proyectos de ley; participación en el debate parlamentario de la ley a través de los ministros de Estado; veto suspensivo parcial; delegación de facultades legislativas en el presidente de la República y poderes de crisis o de estados de excepción.

Como dice Wyrwa, los poderes de crisis permiten al presidente disponer de prerrogativas que como aquéllas que le delegan el poder de legislar, permiten resolver numerosas cuestiones de la vida nacional.⁷ A su vez,

⁵ Lambert, Jacques, “La Transposition du régime présidentiel hors les Etats Unis”, *op. cit.*, pp. 583-592.

⁶ Sánchez Agesta, Luis, *Curso de derecho constitucional comparado*, España, Universidad de Madrid, 1980, pp. 245 y 246.

⁷ Wyrwa, Tadeuz, *Les république Andines*, París, L.G.D.J., 1972, p. 537.

como lo señala Roy, “la definición de las circunstancias excepcionales es generalmente bastante vaga y autoriza interpretaciones extensivas”.⁸

3. Los controles del presidencialismo para evitar el riesgo autocrático

Ello se realiza a menudo por medio de tres técnicas: a) el mandato de duración limitada y fija; b) la acusación constitucional, y c) la prohibición de reelección inmediata del presidente de la República, aun cuando una cantidad de países significativa ha establecido la reelección inmediata del presidente de la República, como son los casos de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador y Venezuela, para solo señalar algunos ejemplos.

A. La regla del mandato fijo y relativamente breve

En nuestra América Latina, las elecciones presidenciales se desarrollan esencialmente a través de dos procedimientos alternativos: elección por mayoría relativa o elección por mayoría absoluta y segunda vuelta en caso de que no obtenga ésta en la primera elección.

La simultaneidad de las elecciones presidenciales y parlamentarias aumenta la influencia de la elección y decisión sobre el presidente de la República, la que ejerce impacto sobre las elecciones parlamentarias y sobre los partidos políticos.

A su vez, el presidente de la República ejercerá un impacto importante sobre su propio partido.

Sin embargo, aun cuando las elecciones parlamentarias sean simultáneas con las presidenciales, en las primeras la competencia es mayor, se busca medir nivel de representatividad y de fuerza en el Congreso, para mejorar las capacidades de negociación política, lo que no siempre opera con la lógica presidencial.

Esta situación tiene trascendencia, toda vez que las mayorías parlamentarias condicionan la realización del programa de gobierno que requiere desarrollo legislativo, o simplemente lo bloquean. Este es el problema central de los presidencialismos por su falta de flexibilidad y de armonización de mayorías parlamentarias y presidente de la República.

Se ha buscado lograr esta armonización por elección simultánea de presidente y de Parlamento, pero ello no siempre se consigue, producto de que el voto parlamentario tiende a ser un voto de lealtad partidaria y

⁸ Roy, Maurice-Pierre, *Les régimes politiques du tiers monde*, París, L.G.D.J. 1979, p. 103.

el voto presidencial un voto a un programa de gobierno o candidato que representa el mal menor, especialmente en segunda votación de la elección. La lógica del ciudadano que vota por un candidato a presidente de la República o a parlamentario es distinta en muchos casos.

La regla de la duración fija y limitada de ejercicio del mandato presidencial, garantiza por regla general, estabilidad durante el ejercicio del mismo por un periodo que varía de cuatro a seis años, desarrollándose en Latinoamérica en el último tiempo una tendencia al acortamiento de los mandatos presidenciales, siendo la media actualmente de 4.6 años en la región.

En América Latina la tendencia general es a establecer elecciones presidenciales con doble vuelta y mayoría absoluta, salvo casos excepcionales. Dentro de estos últimos es necesario señalar los casos de Argentina y de Costa Rica.

El artículo 94 de la Constitución Argentina de 1994 establece también la doble vuelta o *ballotage*, pero lo atenúa razonablemente cuando en el artículo 97 establece “cuando la fórmula que resulte más votada en la primera vuelta, hubiese obtenido más del cuarenta y cinco por ciento de los votos afirmativos válidamente emitidos, sus integrantes serán proclamados como presidente y vicepresidente de la Nación”; a su vez, el artículo 98 determina “cuando la fórmula que resultase más votada en la primera vuelta hubiera obtenido el cuarenta por ciento por lo menos de los votos afirmativos válidamente emitidos y, además, existiera una diferencia mayor de diez puntos porcentuales respecto del total de los votos afirmativos válidamente emitidos sobre la fórmula que la sigue en número de votos, sus integrantes, serán proclamadas como presidente y vicepresidente de la Nación”.

En el caso de Costa Rica, la Constitución de 1949 en su artículo 138, establece que el Presidente y el Vicepresidente deben ser elegidos por una mayoría de votos que exceda del 40% de los votos válidos. Si ningún candidato los obtiene, se realiza una segunda elección entre las dos primeras mayorías relativas.

B. La no reelección inmediata del presidente de la República

La regla técnica vigente de no reelección inmediata del presidente de la República tiene por fin impedir que los presidentes puedan presidir su propia reelección, situación que podría, por el cúmulo de poderes que posee, transformar un régimen democrático en un poder autoritario peligroso, por medio de una renovación de manera continua del mandato presi-

dencial,⁹ lo que generalmente conduce a un copamiento de todos los órganos estatales, con pérdida de independencia de la judicatura y de la efectividad de los controles interorgánicos.

Una parte de países presidencialistas latinoamericanos establecen la no reelección del presidente de la República para el periodo constitucional siguiente, posibilitándola después de transcurrido uno o más periodos presidenciales fuera del poder, como ocurre en Costa Rica,¹⁰ Chile, El Salvador, Guatemala, República Dominicana, Panamá, Perú y Uruguay; otros países establecen la prohibición absoluta de reelección, ellos son Guatemala,¹¹ Honduras,¹² México¹³ y Paraguay,¹⁴ la reelección presiden-

⁹ Roy, Maurice-Pierre. *Les regimes politiques du tiers monde*, cit., p. 97.

¹⁰ En Costa Rica, la Ley 4349 de 1969 modificó la Constitución de 1949 para establecer la prohibición absoluta de la reelección. Sin embargo, mediante la sentencia 2771 de 2003, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia declaró la nulidad de la reforma, por cuanto restringía un derecho político reconocido por el Constituyente originario, decisión que solo podía ser tomada por una Asamblea Constituyente. De acuerdo con dicha sentencia, como lo establece el mismo fallo, recuperó vigencia la norma constitucional original que había sido derogada en 1969, que prohibía la reelección de las personas que hubieran ejercido la Presidencia dentro de los ocho años anteriores al inicio del periodo presidencial para el cual se convocaba la elección.

¹¹ La Constitución de Guatemala establece como un deber de los ciudadanos “defender el principio de alternabilidad y no reelección en el ejercicio de la Presidencia de la República” (C.P., artículo 136.f), y prescribe que “la reelección o la prolongación del periodo presidencial por cualquier medio, son punibles de conformidad con la ley.

El mandato que se pretenda ejercer será nulo” (artículo 187).

¹² La Constitución de Honduras, en el artículo 4 de la Constitución dispone: “La alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República es obligatoria. La infracción de esta norma constituye delito de traición a la Patria”. El artículo 42.5 establece que la calidad de ciudadano se pierde “por incitar, promover o apoyar el continuismo o la reelección del Presidente de la República”. Asimismo determina que quien haya sido titular del Poder Ejecutivo no podrá ser elegido presidente, y que quien “quebrante esa disposición o proponga su reforma, así como aquellos que los apoyen directa o indirectamente, cesarán de inmediato en el desempeño de sus respectivos cargos, y quedarán inhabilitados por diez años para el ejercicio de toda función pública” (artículo 239).

¹³ El artículo 83 de la Constitución de México determina que “El Presidente entrará a ejercer su encargo el 1o. de diciembre y durará en el seis años. El ciudadano que haya desempeñado el cargo de Presidente de la República, electo popularmente, o con el carácter de interino, provisional o sustituto, en ningún caso y por ningún motivo podrá volver a desempeñar ese puesto” (reformado mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de abril de 1933).

¹⁴ El artículo 229 de la Constitución de Paraguay dispone que “El Presidente de la República y el Vicepresidente durarán cinco años improrrogables en el ejercicio de sus funciones, a contar desde el quince de agosto siguiente a las elecciones. No podrán ser reelectos en ningún caso. El Vicepresidente sólo podrá ser electo Presidente para el periodo posterior, si hubiese cesado en su cargo seis meses antes de los comicios generales.

cial está siempre prohibida para quien ya ha ejercido la Presidencia de la República, siendo en el caso de Honduras una cláusula pétrea.

A partir de la última década del siglo XX y en la primera del siglo XXI se ha desarrollado una tendencia a establecer en los sistemas constitucionales latinoamericanos la reelección presidencial inmediata, vale decir, que el presidente en ejercicio pueda presentarse inmediatamente para un segundo periodo presidencial como ocurre en Argentina (1994), Bolivia (2009), Brasil (1997), Colombia (2004), Ecuador (2008), Nicaragua¹⁵ y en Venezuela, que se pasó de la posibilidad de reelección inmediata (1999) a la reelección indefinida (2009), posibilitando la reelección por tercer periodo consecutivo del presidente Chávez en 2012.

a. Los argumentos desplegados para posibilitar o prohibir la reelección presidencial inmediata en los presidencialismos

En cuanto al tema mismo de la reelección presidencial, a través del tiempo partiendo desde fines del siglo XVIII en los Estados Unidos de América hasta el presente, se han presentado diversos argumentos a favor y en contra de la reelección presidencial en nuestro continente.

Los principales argumentos favorables a la reelección son los siguientes:

- 1) El primer argumento democrático: el cuerpo político de la sociedad tiene la autoridad y potestad para poder reelegir a un presidente de la República, si lo considera conveniente, especialmente si en su periodo de gobierno ha realizado, en opinión de sus electores, un buen gobierno.
- 2) La prohibición de reelección eliminara el aliciente para desarrollar buenos gobiernos.¹⁶ Giovanni Sartori que señala los presidentes que gobiernan bien deben ser recompensados, deben tener alicientes para un buen cumplimiento de su tarea, con la posibilidad de reelección.¹⁷

Quien haya ejercido la presidencia por más de doce meses no podrá ser electo vicepresidente de la República.

¹⁵ Una sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Nicaragua de 2008, posibilitó al presidente Daniel Ortega un mandato consecutivo.

¹⁶ Hamilton, Alexander *et al.*, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 308 y ss.

¹⁷ Sartori, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada*, México, Fondo de Cultura Económica 1994, p. 191.

Este es un argumento que se ha mantenido a través del tiempo, con diversos matices.

A su vez, quienes son contrarios a la *reelección inmediata* del presidente de la República, como asimismo, quienes en una posición más radical son contrarios siempre a un segundo mandato presidencial para la misma persona que ya ha ejercido un periodo presidencial, desarrollan los siguientes argumentos:

- 1) La reelección inmediata agrava la perspectiva de concentración del poder en la persona del presidente de la República, el cual institucionalmente ya tiene un poder bastante hegemónico en los tipos de gobierno presidencialistas latinoamericanos, contribuyendo a generar un hiperpresidencialismo que debilita la institucionalidad constitucional republicana y posibilita el riesgo de aventuras populistas autoritarias, de las cuales los casos de Stroessner (1954-1989) en Paraguay; Balaguer (1960-1962, 1966-1978 y 1986-1996) en República Dominicana; Fujimori en Perú (1990-2001), y Chávez en Venezuela (desde 1998 hasta la actualidad), son ejemplos claros.
- 2) La reelección inmediata puede generar una afectación del principio de separación de funciones, ya que la mantención del mismo presidente de la República por dos o más periodos consecutivos posibilita el nombramiento de muchas autoridades y funcionarios de diversas ramas del poder público, afectándose la independencia de dichos órganos y la posibilidad de control interorgánico horizontal del poder presidencial, como asimismo se afecta la autonomía funcional de diversos órganos del Estado. Esto último se aprecia especialmente respecto del Poder Judicial, como asimismo en el caso de los tribunales constitucionales, los órganos de control (Contraloría General de la República, Banco Central, etcétera) y la jurisdicción electoral. El ejemplo más claro en esta materia en el contexto sudamericano es el caso de Venezuela, desde 1999 a la fecha.
- 3) La reelección inmediata establece una ventaja para el presidente candidato, el cual se encuentra en el ejercicio del poder, quien utilizará dicho poder para influir en su reelección, con el peligro de utilizar los recursos y bienes del Estado para ello y generar una desigualdad o asimetría de oportunidades entre los candidatos que compiten, especialmente en países con institucionalidad débil, desarrollando asimismo caudillismos y clientelismos nefastos para el desarrollo institucional de los Estados.

- 4) El régimen republicano impide la perpetuación del poder de la misma persona en la misma función, exigiendo la posibilidad real de alternancia en el ejercicio del gobierno, la posibilidad de reelección indefinida del presidente de la República transformaría la modalidad de república en una especie de monarquía electiva. El continuismo personalista en el poder debilita generalmente la institucionalidad constitucional republicana democrática, aumenta el riesgo de uso arbitrario del poder, disminuyen los controles del poder mismo por el debilitamiento de la independencia y autonomía funcional de los otros órganos del Estado y aumenta significativamente los riesgos de paso a regímenes autoritarios o populistas.
- 5) La reelección inmediata debilita la cultura institucional de los Estados y favorece las perspectivas de los personalismos caudillistas que tanto daño han hecho tradicionalmente al sistema institucional democrático en América Latina.
- 6) La reelección presidencial inmediata tiende a debilitar el sistema de partidos políticos programáticos, los cuales tienden a convertirse solo en elementos instrumentales pragmáticos de carácter electoralistas al servicio del líder que busca perpetuarse en el poder gubernamental.
- 7) Posibilita el manejo de las políticas públicas, la economía y el gasto público en perspectiva de los intereses de su reelección
- 8) Genera una asimetría de oportunidades de participación en la respectiva elección por la diferencia de visibilidad pública y presencia en los medios de comunicación social del candidato presidente en ejercicio con los demás candidatos, el contar con recursos y medios propios de la función presidencial para utilizarlos en beneficio de su propia campaña de reelección inmediata.
- 9) La prohibición de reelección inmediata posibilita la renovación de la política, el surgimiento de nuevas alternativas, como asimismo, la oxigenación del sistema político, e indirectamente favorece la institucionalización del régimen democrático.

Consideramos que los argumentos a favor y en contra de la reelección deben ser analizados en el contexto de cada país, teniendo presente su cultura política, su desarrollo institucional y su realidad política. No hay una receta común para todos los Estados latinoamericanos en la materia, aun cuando nos inclinamos a sostener como regla general la conveniencia de la *no reelección inmediata del presidente de la República*, regla que ha prestado buenos servicios a la institucionalidad democrática de los países que la consagran, entre los que podemos destacar, entre otros, a Chile, Costa Rica, México y Uruguay.

La variable reelección presidencial es un elemento que debe analizarse en conjunto con otros elementos copulativos tales como la duración del mandato presidencial y el método electoral de elección presidencial de mayoría relativa o mayoría absoluta, siendo el conjunto de ellas el determinante de los efectos en el conjunto del sistema constitucional en un régimen presidencialista.¹⁸

Las reformas constitucionales en materia de periodo presidencial, reelección y método de elección del presidente de la República generalmente son desarrolladas desde el gobierno de acuerdo a sus intereses políticos contingentes, en la medida que la modificación sirva a sus propios intereses y contribuya a su permanencia en el poder,¹⁹ oponiéndose a las modificaciones que perjudiquen sus intereses políticos.

Otro aspecto que debe considerarse en el análisis son las variables de si las modificaciones contribuyen a la legitimación, a la eficacia del sistema político, a ninguno de ellos o a ambos conjuntamente. Como señala Lipset, la legitimidad y eficacia son dos dimensiones o atributos básicos que todo sistema institucional político debe considerar.²⁰ Es necesario señalar que estas dos dimensiones esenciales interactúan entre sí, pudiendo dar lugar a un círculo virtuoso o vicioso, ya que el logro de los objetivos trazados puede aumentar o disminuir la legitimidad, como a su vez, una mayor legitimidad facilita la obtención de resultados satisfactorios de las políticas públicas, mientras que una menor legitimidad puede poner más obstáculos a la toma de decisiones e implementación de políticas públicas.

A su vez, hay casos en que se busca solucionar problemas de legitimidad adoptando una determinada reforma, la que puede generar problemas en la variable eficacia, o viceversa. En el ámbito político las reformas constitucionales en materia electoral presidencial, generalmente, son materia de compromiso político donde cada actor que negocia busca conseguir un interés específico que lo beneficie, ya sea de corto o largo plazo.

A su vez cada reforma depende de un diagnóstico del respectivo país en su realidad social, política, económica y cultural, que llevan a los actores a impulsar o a rechazar las reformas planeadas que buscan solucionar

¹⁸ Los estudios politológicos comparativos sobre reglas de elección presidencial han sido abordados en la década del noventa del siglo pasado por Jones, Mark P., *Electoral Laws and the Survival of Presidential Democracies*, South Bend, University of Notre Dame Press, 1995, y por Maiwaring, Scott y Shugart, Matthew S., *Presidentialism and Democracy in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.

¹⁹ Benoit, Kenneth, "Models of Electoral System Change", *Electoral Studies*, 23, Department of Political Science, Trinity College, 2004, pp. 363-389.

²⁰ Lipset, Seymour M., *El hombre político: las bases sociales de la política*, Buenos Aires, Red Editorial Iberoamericana, 1988.

problemas de déficit de legitimidad o de eficacia de corto o largo plazo,²¹ o de un cambio de preferencia de los ciudadanos, en un contexto democrático, donde las apreciaciones de las fuerzas políticas son disímiles, e incluso al interior de una misma fuerza política pueden haber apreciaciones diferentes.

A su vez, Daniel Bouquet, explicita que las reformas electorales presidenciales pueden ser obra de gobiernos en declinación que buscan disminuir o minimizar las futuras pérdidas de poder con un esfuerzo de mayor legitimidad e integración, o el caso de coaliciones ascendentes cuya reforma está destinada a mejorar la eficacia del gobierno y maximizar la mantención de las fuerzas ascendentes en el poder, aunque generalmente las reformas reales no se dan bajo la modalidad de formas puras.²²

C. *La acusación constitucional en contra del presidente de la República*

Uno de los principios fundamentales del constitucionalismo democrático establece que toda persona que dispone de un mandato que le da la calidad de órgano de los poderes públicos debe rendir cuenta de sus actos y asumir sus consecuencias. Los gobernantes son así responsables y ello dice relación con el ejercicio y la limitación de los poderes de éstos.

Se distingue tradicionalmente entre la responsabilidad política, penal y civil; las Constituciones latinoamericanas establecen la responsabilidad civil y penal del presidente, ya que la responsabilidad política se considera una responsabilidad a término del mandato por medio de las elecciones, sin embargo, ella no es aplicable al presidente saliente, ya que éste por prohibición constitucional no puede presentarse a la reelección (salvo los casos en que se permite reelección inmediata). Tal responsabilidad es más bien indirecta afectando al partido político al cual pertenece el presidente de la República saliente, el cual será sancionado por la no elección del candidato presidencial que lo representa.

Las Constituciones latinoamericanas siguen en materia de responsabilidad el ejemplo de la Constitución de los Estados Unidos con el *impeachment* o acusación constitucional que es una forma particular de responsabilidad jurídico constitucional por violación grave de la Constitución,

²¹ García Díez, Fátima, “The emergence of electoral reforms in contemporary Latin America”, *Paper* 191/2001, Institut de Ciències Politiques i Socials, Universitat Autònoma de Barcelona 2001. 81 pp.

²² Buquet, Daniel, “Entre la legitimidad y la eficacia: reformas en los sistemas de elección presidencial en América Latina”, *Revista Uruguaya de Ciencia Política* —16/2007— Instituto de Ciencias Políticas, Montevideo, 2007, pp. 35-49.

abuso de poder o conductas antijurídicas no siempre bien precisadas. Así está establecida en algunos regímenes presidencialistas de América Latina, como por ejemplo, la Constitución de Costa Rica de 1949, artículo 151; la Constitución de Paraguay de 1992, artículo 225; la Constitución de Colombia de 1991, artículo 178 núm. 3. A su vez, la Constitución de Perú de 1993 establece una responsabilidad por delitos de función a través de un antejuicio que se distingue del modelo del *impeachment* americano.²³

Sin embargo, la Constitución exige, normalmente, para la destitución del presidente de la República un quórum calificado que no es fácil de alcanzar, pese a lo cual, hay presidentes de la República de diversos países de América Latina, que han debido abandonar el poder destituidos por acusación constitucional, como es el caso desde la década de los noventa del siglo XX del presidente Collor de Melo de Brasil (1992), del presidente Carlos Andrés Pérez de Venezuela (1993), del presidente Abdala Bucaram de Ecuador (1997), finalmente, el 24 de marzo de 1999, la Cámara de Diputados de Paraguay acordó la acusación constitucional contra el presidente Raúl Cubas ante el Senado, el que renunció al cargo el 28 de dicho mes ante la inminente destitución por el juicio político; en la primera década del siglo XXI, el presidente Lucio Gutiérrez de Ecuador (2005) y el presidente Manuel Zelaya de Honduras (2009), y a inicios de la presente década ya se puede mencionar la destitución del presidente Fernando Lugo de Paraguay (2012). Obviamente, un presidente de la República que cuente con mayoría en una de las dos cámaras del parlamento Bicameral o un apoyo de una mayoría relativa o absoluta en un parlamento unicameral, impide concretar este mecanismo de control jurídico político.

Las Constituciones latinoamericanas siguen, en materia de responsabilidad institucional por juicio político o acusación constitucional, el ejemplo de la Constitución de los Estados Unidos con el *impeachment*.

II. LOS DIVERSOS TIPOS DE PRESIDENCIALISMO DEMOCRÁTICO EN AMÉRICA LATINA

Si bien en Latinoamérica los presidencialismos presentan los aspectos técnico-constitucionales ya analizados, que los diferencian del tipo de gobierno presidencial de Estados Unidos y permiten su calificación de “pre-

²³ Paniagua Corazao, Valentín, “¿Acusación constitucional, antejuicio o juicio político?”, en varios autores, *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios II*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1995, pp. 125-138.

sidencialistas” o de “hegemonía presidencial”, la diversidad de desarrollo socioeconómico, de desarrollo de la cultura política, de desarrollo científico-técnico, como de experiencias políticas y variedad de ideologías y de sistemas de partidos políticos, no se puede dar una visión unitaria del régimen presidencialista latinoamericano más allá de los aspectos generales reseñados anteriormente, ya que dentro de ellos es posible distinguir distintas modalidades de presidencialismo democrático,²⁴ algunas de las cuales son atenuaciones del presidencialismo.²⁵

El profesor Cumplido distingue entre los presidencialismos latinoamericanos la siguiente tipología: el gobierno presidencial de Ejecutivo vigorizado; el gobierno presidencial parlamentario; el gobierno presidencial controlado, y el gobierno semipresidencial, sin perjuicio del régimen presidencial autoritario.²⁶

El profesor español Antonio Colomer en su análisis del presidencialismo iberoamericano, asumiendo una perspectiva sociológica, distingue entre dictaduras oligárquicas, dictaduras militares, regímenes populistas y regímenes democráticos; luego, constituye una clasificación basada en la relación interna entre competencias constitucionales y comportamientos institucionales y la relación externa entre la presidencia con los otros poderes y el conjunto social. Esta clasificación comprende el presidencialismo hegemónico de excepción, el presidencialismo hegemónico constitucional democrático, el presidencialismo con sujeción parlamentaria y el presidencialismo autónomo de equilibrio de poderes.²⁷

Dentro de la clasificación de Colomer, el presidencialismo hegemónico de excepción, constituye en la realidad un régimen autoritario que no cabe dentro de los presidencialismos democráticos. El presidencialismo hegemónico constitucional democrático equivale al presidencialismo dirigido. El presidencialismo autónomo corresponde al presidencialismo puro y el presidencialismo con sujeción parlamentaria al presidencialismo atenuado o parlamentario.

A su vez, Orozco Henríquez en México, realiza también una clasificación de los presidencialismos en presidencialismo puro, presidencialismo

²⁴ Loewenstein, Karl, *Étude de droit comparé sur la présidence de la République*, cit.

²⁵ Sánchez Agesta, Luis, *op. cit.*, p. 248.

²⁶ Cumplido Cereceda, Francisco, *El sistema democrático en América Latina*, Santiago de Chile, ICHEH, 1984, pp. 10-25.

²⁷ Colomer Vidal, Antonio, “El presidencialismo Iberoamericano”, en *IV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México. Universidad Nacional Autónoma de México. 1992, pp. 139 y ss. Véase también Colomer Vidal, Antonio, *Introducción al constitucionalismo iberoamericano*, Madrid, Ediciones de Cultura Hispánica, 1990.

predominante, presidencialismo atemperado, presidencialismo con matices parlamentarios y presidencialismo parlamentarizado.²⁸

Por nuestra parte, consideramos necesario hacer una tipología que clasifica a los tipos de gobierno latinoamericanos, debiendo distinguir los regímenes autoritarios con fórmulas presidencialistas y los presidencialismos democráticos. Dentro de estos últimos, era posible distinguir durante la segunda mitad del siglo XX, los presidencialismos puros, los presidencialismos atenuados o parlamentarizados y los presidencialismos dirigidos, sin perjuicio de la singular y corta experiencia de un tipo de gobierno directorial o colegiado en Uruguay en dos periodos, de 1918 a 1933 y de 1952 a 1966, para luego transformarse con la Constitución de 1967 en un presidencialismo parlamentarizado hasta el presente.

Ya iniciada la segunda década del siglo XXI, el presidencialismo autoritario del cual eran ejemplo la Constitución chilena de 1980 en su texto original y la Constitución paraguaya bajo el régimen de Stroessner, ya no existen. La primera ha sido objeto de dos grandes reformas constitucionales en 1989 y 2005, eliminando de su texto los enclaves autoritarios. La segunda ya fue superada por la nueva Constitución de 1992 que establece un gobierno presidencialista democrático. Asimismo, el presidencialismo dirigido del cual era ejemplo la Constitución mexicana bajo la hegemonía del Partido Revolucionario Institucionalizado (PRI), también fue superado en la última década del siglo XX, por la vigencia de una democracia constitucional competitiva y pluralista, con un sistema tripartidista; por otra parte, el original pacto bipartidista operado bajo la anterior Constitución colombiana durante el periodo 1958-1974, con el objeto de superar el enfrentamiento violento entre liberales y conservadores de mediados del siglo XX,²⁹ fue superado por elecciones competitivas, para luego aprobar en asamblea constituyente, la nueva Constitución de 1991. Sin embargo, pareciera instaurarse un nuevo presidencialismo dirigido, con partido hegemónico, reelección presidencial permanente y signo ideológico socialista, en el caso de la Constitución de 1999 en Venezuela, bajo el liderazgo del presidente Chávez, que ha gobernado ininterrum-

²⁸ Orozco Henríquez, Jesús, “Consideraciones sobre la parlamentarización de los sistemas presidencialistas en América Latina”, en Häberle, Peter y García Belaunde, Domingo (coords.), *El control del Poder. Libro homenaje a Diego Valadés*, t. I, Lima, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (sección peruana), 2012, pp. 566-578.

²⁹ Véase Sáchica, Luis Carlos, “Un ensayo audaz. El gobierno bipartidista”, en *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX*, Madrid, Instituto de Estudios de la Administración Local, 1969.

pidamente desde 1998 y que se apresta a iniciar un nuevo periodo presidencial en enero de 2013, con problemas graves de salud.

A su vez, los tipos de gobiernos democráticos con fórmulas más o menos presidencialistas podemos clasificarlos actualmente en presidencialismos puros y presidencialismo atenuados o parlamentarizados.³⁰ Por otra parte, esta clasificación si bien es válida para la inmensa mayoría de los países latinoamericanos, ella debe ser matizada por el surgimiento de un nuevo constitucionalismo con distintos matices, como son los regímenes constitucionales de la Constitución Bolivariana de Venezuela (1999); la Constitución de Ecuador (2008), y la Constitución Plurinacional Boliviana de 2009, que recoge en su estructura de poder a los pueblos originarios y campesinos y establecen modalidades específicas en el arreglo institucional que corresponden a una nueva modalidad de Estado constitucional con fuerte disminución de controles interorgánicos.

1. *Los presidencialismos puros*

Los presidencialismos puros son aquellos en que además de los rasgos característicos del presidencialismo en términos genéricos, se identifican por la ausencia de instituciones que pongan en juego la estabilidad de los ministros en manos del parlamento por razones de confianza política, pudiendo ser revocados solo por decisión presidencial. Ejemplos típicos de este tipo de presidencialismos ha sido el caso de Chile bajo la Carta de 1925 y bajo la Constitución de 1980 reformada en su texto vigente; los casos de Brasil en su Constitución vigente de 1988; la Constitución de El Salvador; la Constitución de México de 1917 y sus reformas; la Constitución de Nicaragua, modificada en 1995; la Constitución de Panamá, la Constitución de Paraguay de 1992. No entraremos en mayor profundidad en ellos en este acápite, ya que estudiaremos el presidencialismo puro chileno en profundidad en este volumen.

La ventaja del sistema presidencialista puro es la estabilidad del Ejecutivo y la concentración de la capacidad ejecutiva en un solo órgano

³⁰ Véase Nogueira Alcalá, Humberto, “Los regímenes presidencialistas de América Latina”, *IV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, cit., pp. 455-494. Más recientemente véase, Lanzaro, Jorge (comp.), *Tipos de presidencialismo y coaliciones políticas en América Latina*, Buenos Aires, Agencia Sueca de Desarrollo Internacional-CLACSO, 2001; Nogueira Alcalá, Humberto, “Presidencialismo democrático y presidencialismo autoritario. El artículo 32 núm. 5 de la Constitución de 1980 y la clasificación de la forma de gobierno”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 11, núm. 2-3, mayo-diciembre de 1984, pp. 317-323.

unipersonal que goza de amplia independencia del Parlamento, maximizando la rapidez y coherencia de las decisiones. El presidencialismo puro no admite instituciones de control político parlamentario que ponga en juego la responsabilidad ministerial por simple desacuerdo político, a diferencia de lo que ocurre en los presidencialismos atenuados o parlamentarizados, por lo tanto no hay destitución política directa de ministros por decisión parlamentaria, aun cuando pueden haber interpelaciones ministeriales y censuras sin implicaciones directas en la estabilidad ministerial.

La institución presidencial ha jugado un rol predominante en la construcción del Estado, ha ayudado a mantener la identidad, la continuidad y la integración de la sociedad, dentro del contexto de una cultura política poco desarrollada y con un alto grado de autoritarismo.

El diseño presidencialista puro de controles y contrapesos es un mecanismo complejo que necesita para su buen funcionamiento de un constante compromiso y negociación entre el presidente de la República y el Congreso, surgido cada uno de elecciones diferentes y con legitimidades populares propias, con independencia e irrevocabilidad recíproca.

El modelo solo puede funcionar con mayorías parlamentarias estables, disciplinadas e identificadas política e ideológicamente con el presidente de la República, que permite aprobar con rapidez y pocas modificaciones los proyectos gubernamentales, o en el caso de inexistencia de dicha hipótesis, vale decir, de inexistencia de dicha mayoría, el sistema funciona con base en la negociación permanente entre el Ejecutivo y la diversidad de fuerzas políticas representadas en el Parlamento, con ausencia de una dirección política clara, con el peligro de que si el compromiso o negociación fracasa, se bloquea el proceso de adopción de decisiones, afectándose gravemente la eficiencia y eficacia de la acción gubernamental.

A su vez, la existencia de la hipótesis de un gobierno con mayoría parlamentaria estable y disciplinada, exige a su vez, de mecanismos de control jurídicos adecuados e independientes de las mayorías que defienden el orden constitucional frente a los abusos o desvíos de poder o frente al atentado en relación con los derechos constitucionales, lo que obliga a pensar en un Poder Judicial independiente y una jurisdicción constitucional adecuada, que garanticen adecuadamente los derechos esenciales, la distribución del poder estatal en órganos diferenciados con funciones específicas y la actuación de dichos órganos y de las fuerzas sociales y políticas dentro del régimen democrático constitucional.

Esta hipótesis también obliga a preservar la independencia de los organismos que intervienen en el proceso electoral y la justicia electoral, para evitar que tales instancias sean órganos dóciles a los intereses de la fuerza política dominante.

Tal perspectiva requiere también un eficiente mecanismo de fiscalización y control parlamentario con adecuada representación de las minorías y un acceso garantizado de éstas a los medios de comunicación social y a la opinión pública.

En la hipótesis de bloqueo institucional, los presidencialismos puros latinoamericanos no tienen instrumentos para superar el *impasse* a través de mecanismos jurídicos que permitan a los órganos políticos enfrentados, gobierno y Congreso, dirimir el conflicto mediante la cesación de uno de ellos o mediante el arbitraje del cuerpo político de la sociedad a través de elecciones, al no existir disolución parlamentaria ni destitución del gobierno. No siendo la acusación constitucional o *impeachment* contra el presidente un mecanismo adecuado por ser un procedimiento por ilícitos tipificados constitucionales y por el alto quórum exigido para la destitución presidencial, institución que no tiene por misión hacer efectiva la responsabilidad política, la que, además, generalmente, es para concretar la responsabilidad colectiva del gobierno.

Frente a tales aspectos, debe ponerse en la balanza del juicio histórico las debilidades estructurales del presidencialismo latinoamericano. La primera de ellas es la *rigidez del sistema*, que *posibilita el bloqueo de poderes*, cuando el presidente tiene una orientación divergente de la mayoría parlamentaria, generando un *impasse* institucional sin la existencia de mecanismos políticos de arbitraje ciudadano que desbloqueen la situación. Tal perspectiva lleva *inexorablemente en sociedades heterogéneas como las nuestras desde el punto de vista social, cultural, político e ideológico*, a generar conflictos que erosionan el sistema político y su legitimidad, facilitando aventuras extra constitucionales y golpes de Estado.

Una segunda debilidad del presidencialismo es *el jugar a una persona*, a sus virtudes y vicios, a su habilidad o torpeza, *la continuidad del sistema*, su *estabilidad y eficacia*, otorgando todo el poder al ganador y llevando al juego de suma cero, con todo su potencial conflictual.

Una tercera debilidad es que el régimen presidencialista *no tiene la posibilidad de aminorar o resolver las crisis políticas* reemplazando al gabinete o parte de él, ya que la responsabilidad de la conducción del gobierno reside en el presidente de la República personalmente, los ministros son solo ejecutores de su política, aun cuando exista un Consejo de Ministros e incluso un presidente del mismo.

Una cuarta debilidad del régimen presidencial está en *hacer asumir a una sola persona una doble función; por una parte, el rol del jefe de Estado, símbolo de la integración nacional y de la estabilidad institucional, y por otra parte, el de jefe de gobierno y conductor de la política contingente que representa solo a un sector*

o parcialidad. Es imposible cumplir bien ambas funciones, algunos harán prevalecer su rol del jefe de Estado con el consiguiente perjuicio para la conducción de la política contingente o darán primacía a esta segunda, deteriorando su rol de jefe de Estado integrador y símbolo de la unidad y continuidad nacional.

Una quinta debilidad del sistema presidencialista, esta vez de *carácter funcional*, es que *facilita las conductas de rigidez y de irresponsabilidad de los actores políticos*, no generando un medio adecuado para las tendencias al compromiso, la negociación y a la responsabilidad. En efecto, el presidente es elegido por un periodo fijo y determinado de tiempo, el cual no necesita, por tanto, una vez elegido, preocuparse por mantener y alcanzar una mayoría parlamentaria de apoyo, la cual es indiferente para su posición institucional. Su rol institucional de gobierno no puede ser cuestionado mientras dure su mandato. Por otra parte, los partidos políticos que apoyaron al candidato presidencial, se van distanciando del presidente para evitar el desgaste político de la acción gubernamental a medida que se acerca la próxima elección parlamentaria. Finalmente, la oposición política puede extremar su polarización y desarrollar una acción demagógica, teniendo claro que nada hará cambiar su situación institucional durante el mandato presidencial en curso; tendiendo a una acción obstruccionista en el parlamento, que muchas veces produce un juego de suma cero. No se favorece las relaciones de cooperación entre el gobierno y el Parlamento, especialmente cuando existen partidos organizados y disciplinados.

A estas desventajas orgánicas y funcionales del presidencialismo, pueden sumarse *el tema de que el presidente de la República no puede controlar la inmensa cantidad de decisiones complejas y difíciles de una sociedad cada vez más diversificada y moderna.*

Ello ha obligado a pensar en la “racionalización” del presidencialismo o a su reforma en una perspectiva que permite mecanismos más flexibles para superar los bloqueos.

Esta perspectiva se ha ido desarrollando incluso en los Estados Unidos de América, a través de un sector de la politología y doctrina constitucional, el cual es denominado “los racionalistas”,³¹ que buscan una reforma significativa y profunda del tipo de gobierno presidencial norteamericano, combinando dentro del marco de la experiencia norteamericana,

³¹ Véase al respecto Fabrini, Sergio, “Verso il presidenzialismo parlamentare? Presidenza, Congresso e informae costituzionali negli Stati Uniti”, *Quaderni Costituzionali*, núm. 2, 1991, pp. 431-462; del mismo autor, 1991, “I due Presidenti. Gli insegnamenti dell’esperienza statunitense e latino-americana”, *Democrazia e Diritti*, núm. 4, pp. 197-213.

algunos aspectos parlamentarios con una estructura básicamente presidencialista, lo esencial de esa propuesta formulada por M. Hardin en la última parte del siglo XX,³² la que se fue concretando alrededor del *Committee on the Constitutional System*.

Lo fundamental de la propuesta “racionalista” norteamericana es la introducción de mecanismos de resolución de conflictos institucionales del tipo de gobierno parlamentario que permitan que la decisión ciudadana resuelva con su intervención el conflicto entre las dos posiciones enfrentadas (gobierno y Congreso), para lo cual proponen diversos mecanismos, entre los cuales se cuentan la elección simultánea de presidente y Congreso, con el objeto de reforzar la identificación ideológica entre presidente y mayoría parlamentaria, la disolución del Congreso por parte del presidente de la República con convocación de elecciones presidenciales y parlamentarias simultáneas, lo que podría practicarse según los diferentes autores, una sola vez o varias veces durante el mandato presidencial;³³ como contrapartida a tal disolución se establece la responsabilidad política del presidente de la República, lo que se concretaría por un voto de censura aprobado por mayoría simple del Congreso, que tiene como efecto la dimisión del presidente y la convocatoria a elecciones presidenciales y parlamentarias simultáneas, propuesta que es muy parecida a la formulada por el *Club Jean Moulin*, la cual ha sido también apoyada por algunos influyentes académicos en Italia³⁴ y planteada en España por Virgala.³⁵

2. Los presidencialismos atenuados o con rasgos parlamentarios

Los presidencialismos atenuados o con rasgos parlamentarios, mantienen el control y orientación de la acción del Ejecutivo en manos del presidente de la República, el cual ejerce las funciones de jefe de Estado y jefe de gobierno, sin

³² Hardin, Charles, *Constitutional Reform in America. Essays on the Separation of Powers*, Ames (Iowa), Iowa State University Press, 1989.

³³ Hardin, Charles, *Presidential Power and Accountability*, The University of Chicago Press, 1974 p. 183; Cutler, Lloyd N., “To form a Government”, *Foreign Affairs*, núm. 1, 1980, pp. 140 y 141.

³⁴ Barbera, Augusto, “Una alternativa neoparlamentare al presidenzialismo”, *Democrazia e Diritto*, núm. 2, 1990, pp. 23-49.

³⁵ Virgala Fururia, Eduardo, “La forma de gobierno semiparlamentaria como alternativa”, *Revista de Estudios Públicos*, núm. 89, Nueva Epoca, julio-septiembre de 1995, pp. 119-164.

embargo, con el objeto de despersonalizar la acción del ejecutivo y ejercer un mayor control parlamentario del gobierno, incorpora al régimen presidencialista algunas instituciones provenientes del régimen parlamentario como son el Consejo de Gabinete o de ministros; un jefe de gabinete; el voto de censura del jefe de gabinete ministerial, de uno o más ministros o del conjunto del gabinete ministerial y la disolución del parlamento, elementos que encontramos en distintas dosis en diversos presidencialismos latinoamericanos, sin que necesariamente cumplan un rol significativo en la práctica política de eliminar o atenuar significativamente la hegemonía del presidente de la República. Entre estos puede señalarse los casos de Argentina, de Perú, de Uruguay, de Venezuela, entre otros países.

Entre estos regímenes presidencialistas atenuados o parlamentarios pueden señalarse en el pasado, como ejemplos, la Constitución cubana de 1940, la Constitución boliviana de 1945, la Constitución venezolana de 1947, entre otras.³⁶ En la actualidad pueden señalarse como ejemplos la Constitución de Uruguay de 1967; la Constitución Peruana de 1993; la Constitución Argentina reformada en 1994; la Constitución Venezolana de 1999, para citar solo algunos ejemplos.

A. La Constitución uruguaya de 1967

La Constitución uruguaya señalada pone fin a un periodo de gobierno colegiado de tipo directorial que rigió al país desde 1952, restableciendo en sus aspectos esenciales la normativa constitucional de 1942.

En efecto, la Constitución de 1967 restablece la Presidencia de la República y el Consejo de Ministros. El Consejo de Ministros interviene en los casos planteados por el presidente, por los ministros respectivos y en los que determina la Constitución (artículo 160).

El Poder Ejecutivo en Uruguay se ejerce así por el presidente actuando en acuerdo con el Consejo de Ministros, el ministro o ministros respectivos. Los ministros son responsables de los decretos que refrendan (artículo 149, 175 y 179); sin la firma de los ministros no hay obligación de obedecer las resoluciones del presidente (artículo 168).

Los ministros necesitan para mantenerse en su cargo, del respaldo de las Cámaras (artículo 174), ya que ellos pueden ser objeto de interpelaciones que pueden concluir en declaraciones políticas de las Cámaras (ar-

³⁶ Loewenstein, Karl, *Étude de droit comparé sur la présidence de la République*, cit., p. 163. Véase más recientemente Valadés, Diego, *La parlamentarización de los sistemas presidenciales*, México, UNAM-El Colegio Nacional, 2007.

título 118 a 121); pueden, además, ser censurados y obligados a renunciar por la Asamblea General (artículo 148). Así, el Parlamento puede hacer efectiva la responsabilidad política de los ministros, al igual que en Venezuela, sin perjuicio de la acusación constitucional en caso de ilícitos constitucionales (artículo 93).

A su vez, la Constitución de 1967 restablece la posibilidad de disolver el Parlamento (artículo 148), contemplado en la antigua Constitución de 1942; ella es posible si el Parlamento mantiene, por menos de tres quintos de los votos, la censura a los ministros observada por el presidente de la República. En dicho caso, el jefe de Estado “debe llamar a nuevas elecciones parlamentarias, de modo que el pueblo es erigido en árbitro de la discrepancia entre los poderes políticos, tal como es tradicional en los regímenes parlamentarios”.³⁷

En el mismo sentido, Cassinelli señala que para que el gobierno sea la expresión de la orientación política reflejando la mayoría parlamentaria la Constitución establece tres instituciones:

La obligación para el Jefe de Estado de designar ministros salidos de la mayoría parlamentaria, la moción de censura y la cuestión de confianza. La posibilidad para el Poder Ejecutivo de ser asumido en todos los casos en Consejo de Ministros, de tal manera que el Presidente de la República pueda actuar como jefe de gobierno si tiene la mayoría en la Asamblea General o que pueda dejar la dirección política al Consejo de Ministros en el caso contrario, asumiendo un rol moderador, admitiendo incluso que pueda surgir entre los ministros un líder del gobierno.³⁸

La reforma constitucional de 1997, agregó al artículo 174 que establecía “El Presidente de la República adjudicará los Ministerios entre ciudada-

³⁷ Real, Alberto-Ramón, “Primeras perspectivas de la Constitución uruguaya de 1967”, en *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX, obra en homenaje a Enrique Sayagués-Laso*, t. III, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1969, p. 197; véase también, Correa Freitas, Rubén, “Las relaciones entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo en la Constitución uruguaya”, en Mora-Donato, Cecilia, *Relaciones entre Gobierno y Congreso. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 143-165.

³⁸ Cassinelli M., Horacio, *Alcances y aplicación de la nueva Constitución uruguaya*, Montevideo, 1967. Ver asimismo, Barbagelata, Anibal Luis, “La competencia del Consejo de Ministros en la Constitución uruguaya de 1967”; Cassinelli Muñoz, Horacio, “La jefatura del Estado en la Constitución uruguaya”; Aguirre Ramírez, Gonzalo, “La Competencia del Poder Ejecutivo en la Constitución Nacional de 1967”; todos ellos en *Temas de Derecho Constitucional*, núm. 1, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, noviembre de 1985; Semino, Miguel Ángel, “El parlamentarismo en el Uruguay (Teoría y realidad)”, *Vox Juris, Revista de Derecho*, 1993, pp. 235-242.

nos que, por contar con apoyo parlamentario, aseguren su permanencia en el cargo”, un inciso 4o. que determina: “El Presidente de la república podrá requerir a la Asamblea Nacional un voto de confianza expreso para el Consejo de Ministros”. A su vez, la reforma de 1997, en el artículo 175 precisa: “El Presidente de la república podrá declarar, si así lo entendiere, que el Consejo de Ministros carece de respaldo parlamentario”.

Esto implica que se otorga una facultad al presidente de la República que puede o no ejercer en forma discrecional y prudencialmente, es el jefe de Estado el que evalúa el apoyo parlamentario de los ministros y decide su nombramiento. A su vez, el sometimiento al voto de confianza parlamentaria del Consejo de Ministros, el cual no lo otorga no genera consecuencias jurídicas para dicho Consejo que puede seguir en funciones, asimismo, el presidente de la República puede decidir no presentar el Consejo de Ministros al voto de Confianza parlamentario, sin que se produzca consecuencia jurídica ninguna para el desarrollo de las funciones gubernamentales.

El artículo 175 de la Constitución antes descrito, que permite al presidente de la República declarar la carencia de respaldo parlamentario del Consejo de Ministros posibilita el reemplazo de todo el Ministerio o de alguno de sus miembros, lo que no es una novedad, ya que la facultad de nombrar y revocar los ministros de Estado por parte del presidente de la República es una facultad consignada en el artículo 174 de la carta fundamental, en la medida que inviste la calidad de jefe de Estado y de gobierno.³⁹

B. La Constitución peruana de 1993

Esta Constitución fue debatida y aprobada durante el gobierno autoritario de Fujimori, luego del golpe blanco dado al régimen constitucional bajo el cual fue elegido, la Constitución de 1979. La carta fundamental de 1993, mantiene algunos mecanismos institucionales con líneas parlamentarizadas, sacados de su contexto natural, que solo tienden a reforzar el poder presidencial, como es el mecanismo de la disolución parlamentaria previsto en su artículo 134; a su vez, el artículo 132, el cual determina que: “El Congreso puede hacer efectiva la responsabilidad política del Consejo

³⁹ Correa Freitas, Rubén, “Las relaciones entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo en la Constitución Uruguaya”, en Mora-Donato, Cecilia, *Relaciones entre Gobierno y Congreso. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 161.

de Ministros, o de los ministros por separado, mediante el voto de censura o el rechazo de la cuestión de confianza. Esta última sólo de plantea por iniciativa ministerial”. La aprobación de la moción de censura debe realizarse por “el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso”, lo que trae como consecuencia que “el Consejo de Ministros, o el ministerio censurado, debe renunciar”, lo que no altera la línea política del gobierno, ya que los nuevos ministros serán designados por el mismo presidente de la República, que sigue siendo jefe de Estado y de gobierno, el cual les fijará sus tareas políticas concretas. A su vez, la institución del presidente del Consejo de Ministros no ha jugado ninguna función significativa.⁴⁰

C. *La Constitución Argentina reformada en 1994*

La Constitución Argentina de 1853 estableció un tipo de presidencialismo puro, por la influencia de Juan Bautista Alberdi que siguió el antecedente de la Constitución chilena de 1833, constituyendo en la segunda mitad del siglo XX un presidencialismo con un presidente muy fuerte en competencias, convirtiéndose en una figura hegemónica del sistema político.⁴¹ La reforma constitucional de la Constitución Argentina en 1994, fue producto del denominado Pacto de Olivos, entre el presidente Carlos Menem y el radicalismo encabezado por el saliente presidente Raúl Alfonsín.⁴² Esta reforma tuvo por objeto disminuir el presidencialismo hegemónico argentino, entregando la función de administración general del país a un jefe de gabinete de ministros, y se creó el gobierno autónomo de la Ciudad de Buenos Aires, restando al presidente el gobierno de la Capital Federal, se redujo el periodo presidencial a cuatro años, con una sola reelección inmediata posible, la regulación constitucional de los decretos de necesidad y urgencia y fortalecimiento de autonomías provinciales y municipales, entre otras reformas menores, todo lo que se concretó en el texto constitucional reformado de 1994.⁴³

⁴⁰ Véase Roncagliolo, Rafael, “El Primer Ministro en Perú ¿institución o retórica?”, en Nohlen, Dieter (ed.), *Presidencialismo versus parlamentarismo: América Latina*, Caracas, Nueva Sociedad, 1991, pp. 151-158.

⁴¹ Véase Nino, Carlos, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pp. 497-653; Botana, Natalio, *Poder y hegemonía*, Buenos Aires, Emecé editores, 2007.

⁴² El presidente Alfonsín, durante su presidencia, en 1986 creó el Consejo de Consolidación de la Democracia, dirigido por Carlos Santiago Nino que, en los dos dictámenes emitidos por dicho organismo, preconizó una reforma constitucional que se acercará al semipresidencialismo.

⁴³ Hernández, Antonio María, “Presidencialismo y federalismo en Argentina”, en

La Constitución reformada, en su artículo 100, establece la institución de un gabinete de ministros y de un jefe de gabinete ministerial, los que tienen a su cargo “el despacho de los negocios de la Nación y refrendarán y legalizarán los actos del presidente por medio de su firma, sin cuyo requisito carecen de eficacia”. El jefe de gabinete y los ministros son nombrados y removidos por el presidente “por sí solo”, según dispone el artículo 99 de la carta fundamental, inciso 7o. En la práctica los ministros y el gabinete en su conjunto son “fusibles” de la gestión gubernamental que utiliza el presidente discrecionalmente, en la práctica, cambia al jefe de gabinete y a todo el gabinete cuando lo considera conveniente como demuestra la práctica política desde la reforma de 1994 hasta nuestros días.

La enmienda de 1994 buscaba, dentro del marco del tipo de gobierno presidencialista, lograr una atenuación de las facultades del presidente de la República, desagregándole la jefatura administrativa cuyo ejercicio se entregaba al jefe de gabinete de ministros, además de ser el puente entre el presidente y el Congreso.⁴⁴

El jefe de gabinete no se diferencia de los demás ministros y se le prohíbe constitucionalmente asumir simultáneamente un ministerio, como determina el artículo 100 en su parte final. El jefe de gabinete argentino, nos dice Sagüés, parece del sistema peruano del presidente del Consejo de Ministros de la Constitución de 1993, en su artículo 125, configurándose como un “mini premier”,⁴⁵ sin que haya producido ninguna reducción sustancial de los poderes presidenciales.⁴⁶

El jefe de gabinete de ministros está sometido a dos tipos de responsabilidades políticas, la primera ante el presidente de la República que lo nombra y lo mantiene en el cargo mientras goce de su confianza política, pudiendo darle instrucciones de cómo desarrollar sus funciones, como

Häberle, Peter y García Belaunde, Domingo (coord.), *El control del Poder. Libro homenaje a Diego Valadés*. t. II, Lima, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (sección peruana), 2012, pp. 887.

⁴⁴ Véase Sabsay, Daniel, “Poder Ejecutivo”, en Albanese *et al.*, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Universidad, 2004, pp. 618 y ss.

⁴⁵ Sagüés, Néstor Pedro, “Parlamentarismo y presidencialismo. Un ensayo sistémico para la gobernabilidad democrática: El ‘mini premier’ en el Perú y en la Argentina. Experiencias y perspectivas”, *Revista Peruana de derecho Público*, año 4, núm. 7, julio-diciembre de 2003.

⁴⁶ Sagüés, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional*. t. I, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, pp. 472 y 473; Serrafiero, Mario, “Presidencialismo argentino: ¿atenuado o reforzado?”, *Araucaria, Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y humanidades*, año 1, núm. 2, segundo semestre de 1999, http://institucional.us.es/araucaria/nro2/monogr2_2.htm.

también puede pedirle la renuncia o destituirlo en forma autónoma, sin solicitar acuerdo a ningún otro órgano o autoridad. La segunda responsabilidad política es ante el Congreso, como determina el artículo 101 de la Constitución. El Congreso puede interpellarlo “a los efectos del tratamiento de una moción de censura”, por cualquier Cámara, y siempre que la censura se decida por la mayoría absoluta de la totalidad de los parlamentarios de dicha Cámara, lo que no genera efectos jurídicos de nulificación de actos o de término de funciones del jefe de gabinete. Sin embargo, el Congreso tiene también competencia para remover de sus funciones al jefe de gabinete, “por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las cámaras” como dispone el artículo 101 de la carta fundamental.

Por otra parte, el jefe de gabinete de ministros es susceptible de juicio político, de acuerdo al artículo 53 de la Constitución, requiriéndose los dos tercios de votos de los miembros presentes de la Cámara para acusar ante el Senado, y este último requiere de los dos tercios de los votos de los parlamentarios presentes para destituir al jefe de gabinete, de acuerdo con el artículo 59 de la Constitución Nacional.

El jefe de gabinete de ministros además de su función de administración general del país, conforme al artículo 100, inciso 1, de la Constitución, tiene la potestad para dictar actos y reglamentos, que se denominan *resoluciones administrativas*, de conformidad con el artículo 7o. del Decreto 977 de 1995, como asimismo, la atribución de dictar “resoluciones” respecto de asuntos internos de su jefatura, que no requieren de refrendo ministerial, de acuerdo al artículo 8o. del Decreto 7977/95 antes señalado. El jefe de gabinete desarrolla un conjunto de atribuciones relacionadas con los proyectos de ley,⁴⁷ enviando al Congreso los proyectos de ley de ministerios y de presupuesto, previo tratamiento y acuerdo con el gabinete, como asimismo con la aprobación del presidente de la República, conforme al artículo 100, inciso 6o., de la Constitución.

El Congreso argentino tiene diversos mecanismos de control político del gobierno, como hemos adelantado, fuera de las atribuciones clásicas de fiscalización de la administración. Dispone de la atribución de formular interpellaciones que pueden ser planteados en cualquiera de ambas Cámaras (artículo 71), como asimismo de la institución de censura del

⁴⁷ Véase varios autores, *La reforma constitucional Argentina*, Buenos Aires, Asociación Argentina de 1994, 1994; Natale, Alberto, *Comentarios sobre la Constitución. La reforma de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 1995. Sabsay, Daniel y Onaindia, José, *La Constitución de los Argentinos*, Buenos Aires, ERREPAR, 1997.

jefe de gabinete, debiendo aprobarse dicha censura por la mayoría absoluta de las dos ramas del Congreso (artículo 101).

El sistema se ha desarrollado en una perspectiva práctica de un presidencialismo hegemónico,⁴⁸ donde el partido justicialista ha controlado el parlamento y el presidente de la República ha sido el líder del sector mayoritario de dicho partido, con los presidentes Menem, Néstor Kirchner y más recientemente, de su esposa, Cristina Fernández, lo cual ha concentrado incontrastablemente el poder en sus manos, haciendo profuso uso de la legislación de emergencia, reduciendo el parlamento a una institución débil y secundaria del sistema político.

D. *La Constitución venezolana de 1999*

La Constitución de 1999, es producto de la crisis del sistema constitucional venezolano bajo el imperio de la Constitución de 1961 y su régimen democrático representativo y de estado social, que no logró integrar adecuadamente a los sectores sociales postergados. En 1998 se realizó la elección presidencial que permitió la elección del presidente Hugo Chavez Frías, quien recibe en febrero de 1999 los símbolos del mando de la nación de parte del presidente saliente Rafael Caldera. Ello generó las condiciones del cambio constitucional, ya que el nuevo jefe de Estado convocó a una Asamblea Constituyente elegida por la ciudadanía, dominada por los sectores que ansiaban el cambio institucional y que aprobaron abrumadoramente el nuevo texto constitucional que entró en vigencia en diciembre de 1999.⁴⁹

La Constitución de 1999 establece un vicepresidente ejecutivo, el cual colabora con el presidente en la dirección de la acción del gobierno; coordina la administración pública; propone al presidente el nombramiento y remoción de los ministros, preside, previa autorización presidencial el Consejo de Ministros, coordina las relaciones del gobierno con la Asamblea Nacional (artículo 239).

⁴⁸ Ferreyra, Raúl Gustavo, "Crisis de las potestades del Congreso. A propósito de algunas patologías del sistema de gobierno presidencialista argentino", Mora-Donato, Cecilia, *Relaciones entre Gobierno y Congreso. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2002, pp. 211-249, especialmente pp. 239 y ss.; véase asimismo, Ferreira Rubio, Delia y Gotetti, Mateo, *Executive-legislative relationship in Argentina: from Menem's decretazo to a new style?*, Buenos Aires, Center for Studies in Applied Public Policies, 2000.

⁴⁹ Brewer Carias, Alan, *La Constitución de 1999*, Caracas, 2000.

El vicepresidente ejecutivo puede ser censurado por la Asamblea Nacional, por una votación no inferior a dos terceras partes de sus integrantes lo que determina su remoción y la imposibilidad de ser miembro del ministerio o vicepresidente ejecutivo durante el resto del periodo presidencial (artículo 240). A su vez, el presidente de la República puede disolver la Asamblea Nacional, como consecuencia de la aprobación de mociones de censura (artículo 240 y 236 núm. 21).

El presidente de la República debe necesariamente ejercer en Consejo de Ministros diversas competencias, desde la declaración de Estados de Excepción y restricción del ejercicio de derechos constitucionales; la dictación de decretos con fuerza de ley, previa habilitación legislativa, la determinación del llamado a referéndum popular y la disolución de la Asamblea Nacional.

Los ministros son responsables de sus actos de acuerdo con la Constitución y la ley, debiendo presentar ante la Asamblea Nacional, anualmente, una memoria razonada sobre la gestión del despacho en el año inmediatamente anterior (artículo 244). Los ministros pueden hacer uso de la palabra en las Cámaras y sus comisiones (artículo 245). Los ministros pueden ser destituidos por una moción de censura votada por las tres quintas partes de los miembros de la Asamblea Nacional, lo que determina su remoción, sin poder volver a optar al cargo de ministro o vicepresidente ejecutivo el resto del periodo presidencial.

El presidencialismo venezolano, producto de las particularidades del proceso político conducido por el presidente Chávez,⁵⁰ tiene un control completo del sistema político,⁵¹ en que su partido oficial controla incontestablemente la Asamblea Nacional, ya que la oposición no presentó candidatos argumentando falta de garantías, en el periodo parlamentario anterior; teniendo el presidente de la República el control casi completo del parlamento unicameral, modificó los distritos del sistema electoral, a través de la nueva Ley Orgánica de Procesos Electorales, aprobada por la Asamblea Nacional en 2009, redistribuyéndolos en forma de potenciar los sectores en que tenía mayor votación, de modo que en la elección

⁵⁰ Andueza, José Guillermo, “¿Presidencialismo caudillista o cesarista?”, en Casal H., J. M. et al. (coord.), *Tendencias Actuales del Derecho Constitucional. Homenaje a Jesús María Casal Montbrun*, Caracas, Universidad Central-Universidad Católica Andrés Bello, 2007.

⁵¹ Véase Brewer-Carías, Allan R., “Los problemas del control del poder y el autoritarismo en Venezuela”, en Häberle, Peter y García Belaunde, Domingo (coords.), *El control del Poder. Libro homenaje a Diego Valadés*, t. I, Lima, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (sección peruana), 2012, pp. 179-205.

parlamentaria del 26 de septiembre de 2010, el Partido Socialista Unido de Venezuela del presidente Chávez, obtuvo 98 escaños con 5 423 324 votos y la oposición unida en la Mesa de la Unidad Democrática, obtuvo 65 escaños con 5 320 364 votos, vale decir, con menos de un 1% de votos de diferencia. A los dos importantes conglomerados políticos debe considerarse la agrupación independiente Patria para Todos que logró dos escaños, con un total de 353.979 votos, cuyos dos votos son importantes ya que si votan en conjunto con el bloque oficialista permiten a éste tener mayoría de 3/5 que posibilita la obtención de leyes habilitantes, vale decir 99 votos. El presidente Chávez mantiene así una mayoría parlamentaria, perdiendo la mayoría calificada de 2/3 que tenía de 2005 a 2010.

El presidente Chávez culmina su segundo periodo presidencial bajo el imperio de la Constitución Venezolana de 1999, con un control completo del gobierno, el Parlamento, como asimismo de los órganos de control y moderación jurídica y jurisdiccional, como son la Contraloría General de la República, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, los tribunales superiores de Justicia, el Ministerio Público y el defensor del pueblo; todo lo cual permite sostener que el sistema opera como un ejecutor de la voluntad presidencial. Las fuerzas políticas tradicionales se derrumbaron y las actuales fuerzas políticas de oposición al gobierno del presidente Hugo Chávez solo se comenzaron a articular a partir de 2010, y han medido fuerzas fuera de la elección parlamentaria de 2010 en la elección presidencial de 2011, en que triunfó el presidente Chávez con 8 191 132 y el 55.07% de los votos, mientras el candidato opositor Enrique Capriles obtuvo 6 591 304 y el 44.31% de los votos, el otro 0.58% de los votos se repartió entre otros cuatro candidatos. Ello posibilita un tercer periodo continuado del presidente Chávez, bajo la Constitución vigente, aun cuando un cáncer termina con su vida, eligiéndose un presidente de continuidad en 2013. El sistema político institucional opera bajo el liderazgo del presidente de la República en un proceso de construcción de un *socialismo bolivariano*, cuyos perfiles no son claros, pero que tienen elementos fuertemente autoritarios populistas.

E. Consideraciones finales sobre los presidencialismos atenuados

Estos tipos de presidencialismos atenuados o de sujeción parlamentaria, siguen siendo presidencialismos, por el hecho de que el presidente de la República sigue siendo jefe de Estado, del gobierno y de la administración, siendo los vicepresidentes ejecutivos o presidentes del Consejo de Ministros, una especie de fusible, que permite al Congreso llamar la atención

del presidente, si es que la mayoría parlamentaria es de un signo político diferente del jefe de Estado, el cual a través del nuevo jefe de gabinete o del nuevo ministerio podrá rectificar o insistir en las líneas políticas de su gestión presidencial.

Este tipo de presidencialismo tiende a constituirse en una corriente significativa del presidencialismo latinoamericano de fines del siglo XX y principios del siglo XXI, sin que se altere el carácter centralmente hegemónico del presidencialismo. La práctica institucional muestra que el ministro coordinador del gabinete, jefe de gabinete o presidente del Consejo de Ministros constituye solo un elemento coadyuvante de coordinación de tareas delegadas por el presidente de la República, sin que éste pueda desarrollar una política autónoma, asimismo el refrendo ministerial de los actos del presidente es un control puramente formal, la negativa a prestar su firma por parte de un ministro, implica en la práctica su salida del gabinete ministerial.⁵²

Asimismo, la introducción de la disolución parlamentaria en caso de censura de gabinete opera solo en un sentido unívoco ya que establece el riesgo para los parlamentarios de no salir bien parados de la elección, mientras que el presidente que la provoca se mantiene en el cargo como jefe de Estado y de gobierno, aun cuando la elección implique un respaldo al parlamento saliente. En la práctica, dicho mecanismo ha tendido a reforzar el poder presidencial, el cual tiene un nuevo instrumento para amenazar a un parlamento mayoritariamente opositor, debilitando aún más al Congreso Nacional y acentuando el autoritarismo presidencial.

No es casualidad que el mecanismo de la disolución parlamentaria sin poner en juego la estabilidad gubernamental haya sido implementada en los presidencialismos autoritarios de la segunda mitad del siglo XX, como fueron los casos de Paraguay, con la Constitución de 1967, bajo el régimen del general Stroessner, por una parte, y por otra en el texto ori-

⁵² Véase Espinosa-Saldaña B., Eloy, “Presidencialismo Latinoamericano: sus alcances, los riesgos que genera a la plena vigencia del estado de derecho y algunas notas sobre la viabilidad de las propuestas planteadas al respecto”, en *Relaciones entre Gobierno y Congreso. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 192 y 193. Véase también del mismo autor, “Algunas notas sobre la evolución del presidencialismo latinoamericano”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 20 y 21, 1997.

Sagüés, Néstor Pedro, “Parlamentarismo y presidencialismo. Un ensayo sistémico para la gobernabilidad democrática: el ‘minipremier’ en el Perú y en la Argentina. Experiencias y perspectivas”, *Revista Peruana de Derecho Público*, año 4, núm. 7, julio-diciembre de 2003.

ginal de la Constitución de 1980 en Chile, bajo el régimen autoritario militar del general Pinochet.

El uso de estos mecanismos puede potenciar aún más el conflicto y la crisis del sistema institucional democrático, ya que si luego de censurar el gobierno, el presidente disuelve el Congreso y convoca a nuevas elecciones, si de esas nuevas elecciones se ratifica a la mayoría parlamentaria opositora al presidente, el conflicto queda instalado en su máxima potencialidad, ya que el presidente es inamovible hasta el término de su mandato, agudizándose así la parálisis del sistema político que queda completamente bloqueado.⁵³ Esta hipótesis abre paso a la potencialización de la crisis y el eventual rompimiento del orden constitucional y a los golpes de Estado recurrentes en nuestra América Latina.

El uso de la disolución parlamentaria en régimen presidencialista solo puede utilizarse como mecanismo equilibrador, si frente a una reconfirmación de la mayoría parlamentaria por el electorado, el presidente de la República tuviera la obligación de abandonar sus funciones y dar paso a una nueva elección presidencial simultánea con la elección parlamentaria.

En el contexto latinoamericano la hibridación del presidencialismo con algunas instituciones parlamentarias no ha frenado la hegemonía presidencial, la que se ha mantenido incólume en los países en que dichos mecanismos han sido introducidos. Basta señalar los ejemplos de Argentina, Bolivia y Venezuela para observar cómo tales mecanismos o instituciones equilibradoras del presidencialismo no han funcionado y el hiper presidencialismo se mantiene a ultransa, el parlamento cada vez se encuentra más debilitado y la cultura del autoritarismo se reproduce y desarrolla en varios países de América Latina.⁵⁴

La construcción de un régimen político democrático constitucional con mayores dosis de limitación del poder presidencial, de cooperación interinstitucional gobierno y parlamento, como asimismo de reequilibrio del rol jugado por el parlamento y de control político, requiere pensar en alternativas que se encuentran fuera del marco del tipo de gobierno

⁵³ En el mismo sentido véase Salgado Pesantes, Hernán, “La hegemonía del ejecutivo en el sistema presidencial de latinoamérica, entre el mito y la realidad”, en Mora-Donato, Cecilia, *Relaciones entre Gobierno y Congreso. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 553.

⁵⁴ Andueza, José Guillermo, “¿Presidencialismo caudillista o cesarista?”, en Casal H., J. M. et al. (coords.), *Tendencias Actuales del Derecho Constitucional. Homenaje a Jesús María Casal Montbrun*, Caracas, Universidad Central-Universidad Católica Andrés Bello, 2007, pp. 431 y ss. En el artículo, el autor realiza un lúcido análisis del caudillismo presidencial y los factores que inciden en él. En el artículo al autor confunde el presidencialismo parlamentarizado o atenuado con el semipresidencialismo, p. 432.

presidencialista, en el caso de países que tengan un sistema de partidos más desarrollado, con un multipartidismo moderado, donde hay niveles relativos de mayor desarrollo económico, social y niveles adecuados de cultura política democrática.

III. CONSIDERACIONES SOBRE LA PRÁCTICA POLÍTICA DE LOS RÉGIMENES PRESIDENCIALISTAS EN AMÉRICA LATINA

América Latina presenta, sin duda, un clima menos propicio para el desarrollo del régimen presidencial que los Estados Unidos. Habiendo múltiples razones para sostener dicha tesis.

Se trata de países en vías de desarrollo donde la multiplicidad y gravedad de los asuntos existentes en materia económica, de relaciones capital-trabajo, en el ámbito social, cultural, internacional y político, generan en la mayoría de los casos *clivages* o divergencias profundas de opinión.

A ello es posible agregar, la diversidad de experiencias y la diversidad de orientaciones valóricas, las cuales conducen a oposiciones doctrinales muchas veces irreductibles.

Es necesario señalar que el régimen presidencial de separación de poderes, dentro de una realidad política que por razones económicas, sociales e ideológicas es plural, no es un régimen de gobierno efectivo para América Latina, ya que normalmente conduce a *bloqueos entre los poderes Ejecutivo y Legislativo*, ya que mayorías parlamentarias y gubernamentales uniformes no están garantizadas, lo cual lleva a desacuerdos insolubles, que, a su vez, son la causa de que los jefes de Estado soliciten cada vez más facultades en desmedro del parlamento, sin por ello solucionar el problema de fondo, que es lograr una armonización entre mayoría gubernamental y mayorías parlamentarias dentro del marco de un constitucionalismo democrático.

Las divergencias entre el presidente de la República y la mayoría parlamentaria tiende a producir conflictos que dañan fuertemente la eficiencia y el prestigio del régimen político y con ello la democracia misma, ya que el presidente de la República transige su programa gubernamental para transformarse en un gobierno de administración sin capacidad de resolver los angustiantes problemas socio-económicos y culturales del respectivo país, generando el inmovilismo; o se busca la vía extra constitucional para resolver el conflicto, rompiendo la democracia y estructurando regímenes autoritarios de facto, cuya experiencia muestra que au-

mentan los problemas socioeconómicos y agudizan los conflictos sociales, los cuales rebotan en los nuevos gobiernos democráticos.⁵⁵

Como señalaba en la década de los setenta del siglo XX Sánchez Agesta, la consecuencia paradójica del presidencialismo “ha sido frecuentes situaciones de dictadura de hecho y una dolorosa inestabilidad institucional”.⁵⁶

Dicho diagnóstico fue una experiencia dura para muchos países de América Latina en la década de los setenta y ochenta del siglo recién pasado, etapa superada por el renacimiento de los regímenes democráticos que se han mantenido en la última década del siglo XX y las dos primeras del siglo XXI hasta el presente.

Algunas técnicas utilizadas por los nuevos presidencialismos democráticos vigentes:

- a) *Hacer coincidir las elecciones de presidente de la República con las elecciones parlamentarias*, para así poder obtener mayoría gubernamental y parlamentaria coincidente, sin embargo, ello no ha tenido el éxito esperado, ya que la racionalidad del voto presidencial y parlamentario son diferentes.
- b) *La técnica de la elección del presidente de la República por mayoría absoluta, con segunda vuelta entre las dos mayorías relativas si ninguno de los candidatos la obtiene en la primera ronda electoral*. Esta técnica que en sí es positiva y da una real legitimidad democrática al jefe de Estado, conduce eventualmente a la segunda vuelta, lo que conduce adicionalmente a una no simultaneidad de las elecciones de jefe de Estado y de parlamentarios, que repercute en la desarmonía de mayoría gubernamental y mayoría parlamentaria.
- c) La técnica de la disolución del parlamento por el presidente de la República, sin la técnica constitucional que la equilibra, vale decir, la censura del parlamento respecto del gobierno,⁵⁷ lo que desequilibra fuertemente el sistema en beneficio del gobierno. Sin perjuicio de ello, dicha técnica constitucional tampoco resuelve el problema e

⁵⁵ Melo, Jorge, “Control parlamentario”, p. 495-546, en obra colectiva dirigida por Eguiguren P., Francisco, *La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*, Cultural Cuzco, 1987.

⁵⁶ Sánchez Agesta, Luis, *Curso de derecho constitucional comparado*, cit., p. 249.

⁵⁷ Véase Nogueira Alcalá, Humberto, “Presidencialismo democrático y presidencialismo autoritario. El artículo 32 núm. 5 de la Constitución de 1980 y la clasificación de la forma de gobierno”, *Revista Chilena de Derecho, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile*, vol. 11, núm. 2-3, mayo-diciembre de 1984, pp. 317-323.

incluso puede agravarlo cuando por hipótesis, el presidente de la República al disolver el parlamento y recurrir al arbitraje popular, este último reenvía la misma mayoría parlamentaria, reintroduciendo el bloqueo de poderes que la disolución del parlamento buscaba superar, con el agravante de que la nueva mayoría parlamentaria viene revestida de una legitimidad democrática más reciente que la del jefe de Estado, ante la cual volvemos al esquema del inmovilismo o la solución extra constitucional.

IV. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE EL PRESIDENCIALISMO LATINOAMERICANO

El presidencialismo en sus diversas variantes de presidencialismo puro, atenuado o parlamentarizado concentra la jefatura de Estado y de gobierno en una sola persona, lo que, si bien asegura la estabilidad del Ejecutivo, genera una alta concentración del poder en una sola persona, generando en sistemas democráticos con pluripartidismo un juego de suma cero, en que el ganador de las elecciones presidenciales concentra todo el poder en sus manos.⁵⁸ El presidente cuenta con un cheque en blanco para desarrollar su proyecto de gobierno personal, donde el programa presentado al electorado se desvanece fácilmente, no existiendo mecanismos institucionales para exigir su cumplimiento. Asimismo, el presidente de la República puede cambiar de orientación política el gobierno discrecionalmente, sin que nadie pueda impedirsele o contenerlo. Tal perspectiva alienta el mesianismo y el caudillismo de un liderazgo sin contrapeso y sin conciencia de poder limitado que posibilita la institucionalidad presidencialista.

El presidencialismo surge y se ha desarrollado en una cultura paternalista, donde el presidente de la República es el *pater familia*, en el que se delega el poder para que actúe según su prudencia política, lo cual potencia la tendencia al mesianismo político que produce desestabilización y crisis democrática, además de ser fuente de instalación de proyectos autoritarios,⁵⁹ como es bastante corriente en América Latina, lo que se acentúa con las reelecciones inmediatas de los presidentes en el poder, los

⁵⁸ Véase Linz, Juan, “Los peligros del presidencialismo”, en Linz, Juan *et al.* *Reformas al presidencialismo en América Latina. ¿Presidencialismo vs. Parlamentarismo?*, Caracas Comisión Andina de Juristas-Editorial Jurídica Venezolana, 1993, pp. 33 y ss.

⁵⁹ Véase Linz, Juan y Valenzuela, Arturo (eds.), *The Failure of Presidential Democracy*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 1994.

casos de Fujimori en Perú y el caso del presidente Chávez en Venezuela,⁶⁰ son bastante elocuentes en la materia, desarrollándose en perspectivas paternalistas autoritarias o visiones populistas la nueva idea de la reelección indefinida, finalmente introducida en Venezuela a través de un cuestionado procedimiento, luego de que ella había sido derrotada en un referéndum de reforma constitucional. La ambición no tiene límites para determinados caudillismos y mesianismos populistas latinoamericanos, que buscan concentrar el poder en sus manos y perpetuarse en el mismo.

El parlamento constituye un órgano debilitado que no permite contrapesar al gobierno, generándose un régimen de hegemonía presidencial desequilibrado con rasgos autoritarios.

Asimismo, en el caso que el presidente no cuente con mayoría parlamentaria, lo que ocurre frecuentemente en sistemas políticos con multipartidismo,⁶¹ pese a todos sus poderes solo se convierte en un administrador del sistema sin poder procesar y cumplir su programa de gobierno, salvo que desarrolle una negociación proyecto a proyecto en el Congreso Nacional. Si la oposición mayoritaria en el parlamento no está disponible para negociar con el gobierno producto de su distinta concepción de la tarea del gobierno o desarrolla una oposición obstruccionista de desgaste para sumir la alternancia, el sistema político se bloquea y paraliza,⁶² con el consiguiente peligro de crisis del sistema político institucional, como ocurrió en Chile en 1973 y en diversas otras experiencias latinoamericanas.

El sistema presidencialista por la acumulación de poderes hegemónicos en manos del jefe de Estado se juega a las virtudes y defectos del presidente, su lealtad y prácticas democráticas, su capacidad de gobierno y administración, su capacidad de negociación y de liderazgo, su honestidad, entre otros aspectos. La ausencia o escasez de virtudes del jefe de Estado pueden paralizar el sistema político, iniciar el desarrollo y/o profundización de crisis económicas, sociales y políticas, como ha ocurrido

⁶⁰ Arismendi A., Alfredo, "Separación de los poderes y el sistema presidencial", en Casal H., J. M., et al. (coords.), *Tendencias Actuales del Derecho Constitucional. Homenaje a Jesús María Casal Montbrun*, Caracas, Universidad Central-Universidad Católica Andrés Bello, 2007.

⁶¹ Véase Mainwaring, Scott, "Presidencialismo, multipartidismo y democracia: la difícil combinación", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 88, 1995.

⁶² Véase Alcantara Saez, Manuel y Sánchez López, Francisco, "Veto, insistencia y control político en América Latina: una aproximación institucional", *Perfiles Latinoamericanos*, año 9, núm. 19, 2001.

en Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela, para señalar algunos ejemplos de décadas recientes de nuestro continente.

Así un presidente que concreta una fuerte concentración de poder de gobierno con apoyo electoral minoritario o con pérdida de apoyo electoral durante el mandato, por tanto, con una situación política de ser minoría en el electorado y en el parlamento, genera una crisis y una confrontación polarizada que frecuentemente ha derivado en América Latina en crisis del sistema democrático y potenciado formas de autocracias autoritarias en diversas modalidades.

Dicho bloqueo institucional no tiene solución en el sistema presidencialista, salvo la destitución presidencial por acusación constitucional, lo que requiere configurar las causales jurídico constitucionales y las mayorías calificadas necesarias para dicho proceso, que son difíciles de alcanzar.

Asimismo, el régimen presidencialista no ofrece incentivo alguno al compromiso político entre el jefe de Estado y las fuerzas políticas con representación parlamentaria opositora, ya que el objetivo de estas últimas es jugar al desgaste del gobierno para reemplazarlo. Un jefe de Estado minoritario y obstinado puede mantenerse en el gobierno hasta el término del periodo presidencial pese a ser doblemente minoritario en el cuerpo electoral y en el parlamento, no existiendo la posibilidad institucional de forzar un cambio en la política gubernamental.

Por otra parte, el sistema de partidos en el presidencialismo tiene una clara orientación hacia partidos electorales y clientelísticos, pragmáticos y populistas, sin desarrollo programático, ya que ellos no están destinados a asumir una función responsable de gobierno en forma institucionalizada.

Como señala Villarroel:

Los regímenes presidencialistas, modelo institucional de gobierno predominante en América Latina, no se han asociado con procesos de estabilidad y profundización democrática. Sea porque la lógica inherente a su funcionamiento genera los problemas estructurales señalados por Linz, sea porque, asociados a los sistemas presidenciales latinoamericanos, hay un conjunto de factores que contribuyen en buena medida a un funcionamiento torpe y rígido, como se desprende del análisis de Mainwaring y Shugart; o sea porque en América Latina, tal como señalan Nohlen y sus colegas, el centralismo y el militarismo, atributos no democráticos de los sistemas políticos, están asociados a la institución presidencial desde sus orígenes. Desde luego, las tres posiciones coinciden en que las condiciones sociales y económicas de la región no favorecen la democratización.⁶³

⁶³ Villarroel, Gladys, “Tema con variaciones: El presidencialismo y su impacto

En todo caso, debe tenerse presente en cada presidencialismo la cultura política de la respectiva sociedad, la institucionalidad de ella, el sistema de partidos políticos y los sistemas electorales existentes, además de la estructura social y económica vigente.

Frente a esta realidad, la academia se divide en una línea que propone mantener el tipo de gobierno presidencial, despojándolo de los elementos que hegemonizan el poder en manos del presidente de la República, reequilibrándolo,⁶⁴ quienes buscan el reemplazo por el régimen parlamentario⁶⁵ o quienes rescatando instituciones arraigadas en la cultura política latinoamericana como la figura del presidente de la República, la mantienen en el marco del tipo de gobierno semipresidencial.⁶⁶

Una alternativa posible es aquella que, estableciendo mayor dosis de flexibilidad en el tipo de gobierno, se apoye en ciertas instituciones tradicionales de nuestra cultura política e innove en los aspectos negativos y

en los procesos democráticos”, *Espacio Abierto v.15 n.1-2*, Maracaibo, junio de 2006. http://www2.scielo.org/ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-00062006000100009&lng=es&nr=1, consultado 19 diciembre 2012.

⁶⁴ Véase Carpizo, Jorge, “México ¿sistema presidencial o parlamentario?”, *Cuestiones Constitucionales*, julio-diciembre de 1999, pp. 49 y ss.; Colomer, Josep y Negretto, Gabriel, “La gobernanza de la democracia presidencial”, en Mora-Donatto, Cecilia (coord.), *Relaciones entre Gobierno y Congreso. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 79-124; Nohlen, Dieter y Fernández, Mario (eds.), *El presidencialismo renovado*, Caracas, Nueva Sociedad, 1998; Valadés, Diego, *El control del poder*, México, UNAM, 1998; Valadés, Diego, *El gobierno de gabinete*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

⁶⁵ Linz, Juan, “Democracia: presidencialismo o parlamentarismo ¿Hace alguna diferencia?”, en Godoy, Oscar, *Hacia una Democracia moderna. La opción parlamentaria*, Santiago, Universidad Católica de Chile, 1990, pp. 46 y ss.; Godoy, Oscar, “El régimen parlamentario: una opción política para Chile”, en Godoy, Oscar, *Hacia una Democracia moderna. La opción parlamentaria*, Santiago, Universidad Católica de Chile, 1990, pp. 11 y ss.; Lijphart, A., “Presidencialismo y democracia de mayoría”, en Godoy, Oscar, *Hacia una democracia moderna. La opción parlamentaria*, Santiago, Universidad Católica de Chile, 1990, pp. 111 y ss.

⁶⁶ Nogueira A., Humberto, *Análisis crítico del presidencialismo y consideraciones sobre una alternativa de régimen semipresidencial para Chile*, D/7/86. ED, ICHEH, Santiago, 1986; Cumplido C., Francisco, “Análisis del régimen semipresidencial en Chile”, en Godoy, Oscar (ed.), *Cambio de régimen político*, Santiago, Universidad Católica de Chile, 1992, pp. 117-140; Sartori, G., “Neither Presidentialism or parliamentarism”, en Valenzuela, A. (comp.), *Presidential or parliamentary democracy*, John Hopkins University Press, Baltimore, 1990; Godoy, Oscar (ed.), *Cambio de régimen político*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1992, pp. 37-53; Arriagada H., Genaro, “Después de los presidencialismos ¿Qué?”, en Godoy, Oscar (ed.), *Cambio de régimen político*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1992, pp. 57-101; Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pp. 619-657; Paoli, Francisco, *La transición incompleta*, México, Granados Chapa editores, 2006.

disfuncionales reiteradamente comprobados en nuestra experiencia institucional, compatibilizando flexibilidad, eficacia y representatividad.

Por otra parte, el presidencialismo puro o atenuado (parlamentarizado) no permite mecanismo para poner fin a la acción de un presidente de la República inepto o ineficiente, ni superar el bloqueo institucional entre gobierno y mayoría parlamentaria disímil que puede producir una crisis del régimen democrático en cuanto tal y no solo de una eficaz gestión del gobierno en turno.

Desde otra perspectiva, la crítica al presidencialismo ha llevado a pensar en soluciones del cambio del tipo de gobierno hacia uno de carácter semipresidencial, el cual daría mayor eficiencia y eficacia a la acción de gobierno; se posibilitaría una acción más responsable de las fuerzas políticas; una mayor tendencia al compromiso político; una mayor flexibilidad para adaptarse a las nuevas realidades y evitar o superar las crisis de gobierno, producto de problemas de depresión económicas y cambios sociales; que facilite la conformación de gobiernos mayoritarios, lo que acrecienta su legitimidad democrática y mayor eficacia; que favorezca la integración de los diversos grupos políticos, y de las diversas instituciones, a fin de evitar la marginación del sistema político, lo que constituye una fuerza de potencia imprevisible; un adecuado equilibrio entre los órganos ejecutivos y el parlamento a nivel nacional, lo que debe complementarse en Estados unitarios con adecuados niveles de descentralización funcional y territorial del poder.

El conjunto de estos objetivos permitiría mejorar la estabilidad y gobernabilidad del sistema político, terminando con el ciclo fatal del régimen democrático presidencialista: bloqueo de poderes, crisis, golpe de Estado, desgaste y crisis del autoritarismo, nueva reinstalación del régimen presidencialista, y reinicio del ciclo, a intervalos más o menos cortos en los diferentes países de nuestra Latinoamérica.

Sin embargo, no se trata de hacer constructivismo partiendo de cero, sino que debe partirse de la realidad de una democracia en marcha, con su propia realidad social y política, que debe ser ajustada a las nuevas necesidades, corrigiendo las instituciones del régimen político que son inconsistentes con el régimen democrático, de acuerdo con su propio sistema de partidos y su propia cultura.

Estas modificaciones requieren de la toma de conciencia de los problemas, de la necesidad de superarlos y de un adecuado consenso de los actores políticos para hacer los ajustes necesarios en el ámbito constitucional.

La reflexión académica y política sobre este tema y sus implicancias sobre la eficacia, estabilidad y legitimidad del sistema político, es un elemento que no puede estar ajeno al estudiar la gobernabilidad y las relaciones de ésta con el sistema electoral y el sistema de partidos.

Todo ello si entendemos por gobernabilidad la capacidad de las instituciones y movimientos de avanzar hacia objetivos definidos de acuerdo con su propia actividad y movilizar con bastante coherencia las energías de sus integrantes para proseguir metas previamente definidas.

La incapacidad de lograr ese encuadramiento llevaría a la ingobernabilidad.

Se trata, a su vez, de lograr gobernabilidad democrática buscando poner en juego energías del cuerpo social para lograr ciertas metas, dentro de las reglas consensuales del juego político, dentro del marco de Estados constitucionales democráticos.

TRECE MITOS Y TRECE RESPUESTAS SOBRE LA REFORMA ENERGÉTICA

Enrique OCHOA REZA*

El 20 de diciembre de 2013, el presidente Enrique Peña Nieto promulgó la Reforma Constitucional en Materia Energética, aprobada por el Congreso de la Unión y la mayoría de las legislaturas estatales.¹ Se trata de una reforma que impulsará el desarrollo económico del país y permitirá aprovechar las oportunidades que tiene México para obtener los máximos beneficios de su sector energético. El nuevo modelo está fincado en una estrategia de política energética de largo plazo, que atiende a un diagnóstico técnico basado en datos concretos y verificables.

El proceso de deliberación pública de este tema fue intenso y abierto, propio de un sistema político plural y democrático. Sin embargo, la discusión también dio lugar a algunas aseveraciones en contra de la reforma, que no necesariamente tienen sustento técnico o que incluso llegan a malinterpretar la información veraz. A fin de contribuir a una discusión informada, presento trece de los mitos más comunes que se han difundido sobre la reforma energética y propongo trece respuestas para que el lector tenga acceso a información nueva o adicional y establezca su propio criterio sobre la reforma energética.

* Subsecretario de hidrocarburos de la Secretaría de Energía y profesor de Derecho Constitucional en la UNAM. Doctor en Ciencia Política, maestro en Filosofía Política y maestro en Ciencia Política por la Universidad de Columbia; licenciado en Economía por el ITAM y en Derecho por la UNAM.

¹ El Senado de la República aprobó, el 11 de diciembre de 2013, la reforma energética por 95 votos a favor y 28 en contra. La Cámara de Diputados lo hizo el 12 de diciembre con 354 votos a favor y 134 en contra. Asimismo, la reforma fue declarada Constitucional por el Congreso de la Unión el miércoles 18 de diciembre, con la aprobación de 17 congresos locales de los estados de la república. Al 23 de diciembre, 26 congresos estatales han aprobado la reforma.

Mito 1

México no necesita una reforma energética porque Pemex es una empresa altamente productiva, eficiente y rentable. De hecho, tiene enormes ganancias y costos más bajos que muchas empresas del mundo. El gobierno tiene un doble discurso: en Estados Unidos dicen que Pemex es una gran empresa, mientras que en México afirman que está quebrada.

Respuesta 1

El gobierno de la República fue muy claro en su diagnóstico. Pemex no está quebrada y es una gran empresa, pero el modelo constitucional y legal previo a la reforma le impedía aprovechar su potencial al máximo. La reforma energética convierte a Pemex en una empresa más productiva y eficiente. El objetivo fue encontrar soluciones nuevas a problemas viejos.

Es cierto que los ingresos de Pemex en exploración y extracción han aumentado en los últimos años, pero ello se debe a un incremento en el precio internacional del petróleo en la última década y no a que Pemex esté produciendo más petróleo. De 2003 a 2012, el precio internacional de la mezcla mexicana de petróleo se cuadruplicó, al pasar de 25 a 103 dólares por barril. Este incremento en el precio internacional ha compensado la caída en la producción de petróleo en México, que pasó de 3.4 millones de barriles diarios en 2004 a solo 2.5 en 2012² (véase gráfico 1). Es decir, una disminución de cerca de un millón de barriles diarios. En ese mismo periodo, México bajó del sexto al noveno lugar entre los principales países productores de petróleo a nivel mundial.³

Si hubiéramos mantenido la producción de 3.4 millones de barriles y vendiéramos ese petróleo a los precios actuales, tendríamos ingresos adicionales por 256 000 millones de pesos, que equivalen a garantizar casi 9 años de presupuesto de la UNAM o casi 3 años de presupuesto para desarrollo social en el país. Esa oportunidad de ingreso adicional se ha perdido y no podíamos desaprovecharla de nuevo. El caso del gas natural es, lamentablemente, muy similar. En 1997, México era prácticamente autosuficiente en gas natural, pues nuestras importaciones eran apenas el 3% del consumo nacional. Tan solo 15 años más tarde, importamos 30% de nuestro consumo.⁴

² Fuentes: Precio promedio anual de la Mezcla Mexicana de Exportación, PMI Comercio Internacional 1997-2012. Producción: Base de Datos Institucional de Pemex, 1997-2012. Inversión: Anuario Estadístico de Pemex, 1997-2012 y Consejo de Administración de Pemex, junio 2013.

³ Fuente: World Rating of Oil and Gas Terms; PFC Energy, Van Meurs Corporation y Roger Oil & Gas Consulting. *Niveles de producción julio 2013: U.S. Energy Information Administration (petróleo).

⁴ Fuente: Sistema de Información Energética, Secretaría de Energía 2013.

¿Por qué ha bajado la producción de petróleo y gas natural en los últimos años? ¿Acaso estamos invirtiendo menos? Todo lo contrario. El presupuesto de inversión en exploración y producción de Pemex ha aumentado consistentemente en la última década, hasta alcanzar la cifra récord de 273 000 millones de pesos en 2012.⁵ A pesar de ello, no se ha logrado revertir la caída en la producción de petróleo, que alcanza 25% en ocho años, ni la caída en la producción de gas, de 13% en tres años, ni la disminución de las reservas totales, que es de 23% entre 1999 y 2012. La razón de lo anterior es que el petróleo y gas de fácil acceso se está terminando y los campos del futuro son no convencionales y requerirán de mayor inversión y tecnología para afrontar su riesgo con éxito.

Por otra parte, se ha afirmado que Pemex tiene los costos de producción petrolera más bajos del mundo. En este tema no es conveniente comparar peras con manzanas. Los costos de extracción de Pemex son relativamente bajos cuando se comparan con los de otras empresas porque la producción de petróleo en México se lleva a cabo mayoritariamente en aguas someras, donde se registran costos de extracción en un rango de 6 a 16 dólares por barril, mientras que las empresas que llevan a cabo operaciones en aguas profundas y yacimientos de lutitas tienen un rango de costos de entre 25 y 40 dólares por barril. En el momento en que Pemex explote este tipo de pozos no convencionales, sus costos de extracción también aumentarán.

Además, es necesario que analicemos las ganancias de Pemex en su justa dimensión. No todas las subsidiarias de la empresa reportan los mismos márgenes de ganancia antes de impuestos. Pemex Exploración y Producción ha obtenido importantes ingresos, pero Pemex Refinación y Pemex Petroquímica han tenido pérdidas por más de 100 000 millones de pesos anuales de 2008 a 2012. En ese periodo Pemex ha perdido más de 600 000 millones de pesos.⁶ Los altos precios internacionales del petróleo han compensado esas pérdidas, pero la rentabilidad de Pemex, tanto antes como después de impuestos, sería mucho mayor si produjéramos más petróleo y gas natural mexicanos, o bien si los procesos de refinación y petroquímica fueran más eficientes.

Pemex es una gran empresa, sí. Pero no podemos negar que el modelo constitucional y legal previo a la reforma energética no le permitía desarrollarse al máximo. Uno de los objetivos fundamentales de la reforma

⁵ IMCO, “Nos cambiaron el mapa: México ante la revolución energética del siglo XXI!”, México, 2013, p. 22.

⁶ Fuente: Estados Financieros Consolidados Dictaminados de Pemex, 2008-2012.

fue transformar ese modelo para que Pemex pueda consolidar su liderazgo a nivel mundial, dejándole hacer lo que hacen todas las otras empresas petroleras del mundo: asociarse cuando así le convenga con otras empresas productoras, públicas o privadas, nacionales o internacionales, a través de contratos para compartir tecnología, experiencia, riesgos y capital.

Mito 2

El gobierno es entreguista. Quiere regalar nuestro petróleo a los extranjeros. Ningún país soberano en el mundo utilizaría contratos o concesiones con particulares para la exploración y la extracción de petróleo y gas.

Respuesta 2

Anteriormente, el marco jurídico no permitía la inversión privada en exploración y extracción de petróleo y gas natural, por lo que Pemex estaba obligada a llevar a cabo estas actividades por sí misma,⁷ asumiendo todos los riesgos financieros, ambientales, tecnológicos y de operación. Así, a pesar de que se destinaban presupuestos cada vez mayores para extraer petróleo y gas natural, no habíamos podido mejorar los resultados. De 2004 a 2012, la producción de petróleo disminuyó cerca de 900 000 barriles diarios y nuestras reservas han caído en un 23% desde 1999.⁸

Con el modelo anterior, Pemex pagaba a las empresas que le daban servicios, independientemente de si tenían éxito o no en sus actividades de exploración. Es decir, mediante contratos de servicios Pemex contrataba a empresas privadas nacionales y extranjeras para que llevaran a cabo perforaciones. Si de estas perforaciones se obtenía petróleo y/o gas natural, Pemex pagaba a estas empresas y la nación se veía beneficiada con ese recurso. Sin embargo, si no se tenía éxito y no se obtenía ni una gota de petróleo ni una molécula de gas natural, Pemex de cualquier manera tenía que pagar los servicios que contrataba.

Este sistema era poco favorable para los mexicanos, pues Pemex asumía todos los riesgos. El haber mantenido ese esquema para buscar y extraer petróleo y gas natural en campos no convencionales como aguas profundas y yacimientos de lutitas, implicaba incrementar esos riesgos a costa de las finanzas públicas.

Extraer petróleo y gas natural en aguas profundas no es un proceso sencillo. Para que un campo a más de 2000 metros de tirante de agua y 1000 metros en fondo marino sea explotado, se requiere construir in-

⁷ CIDAC, “3 dilemas: un diagnóstico para el futuro energético de México”, México, 2013, p. 16.

⁸ Base de Datos Institucional de Pemex, 1997-2012.

fraestructura submarina altamente especializada, que generalmente está diseñada para las particularidades de cada pozo. Además, la probabilidad de éxito comercial en aguas profundas oscila entre 20 y 50%. Es decir, por cada 100 pozos exploratorios, se pierden en promedio, entre 8750 y 14 000 millones de dólares en pozos sin producción.

En el caso de los campos de lutitas, cada pozo tiene un costo aproximado de entre 8 y 10 millones de dólares. Para tener éxito comercial en este tipo de yacimientos, se requiere de una combinación de pozos horizontales con el diseño de fractura hidráulica para cada yacimiento, elaborado mediante sofisticados programas geo-mecánicos.

Es precisamente por estos grandes retos que prácticamente todos los países que cuentan con petróleo y gas natural, han adoptado esquemas jurídicos que les permiten compartir riesgos, tecnología y capital para desarrollar su industria de exploración y extracción. Entre las figuras jurídicas presentes a nivel internacional se encuentran los contratos de utilidad compartida, los contratos de producción compartida, las licencias y las concesiones. Mediante estos esquemas Brasil, Estados Unidos, Canadá, Noruega y Colombia han logrado tener éxito. Pero también China, Venezuela y Cuba lo hacen así. En todo el planeta, independientemente de si se trata de gobiernos de derecha, de izquierda o de centro, los países han modernizado sus sistemas jurídicos.

En el mundo, 84 países cuentan con un esquema de concesiones, 84 tienen contratos de utilidad compartida o de producción compartida. Esta tendencia se replica en los principales países productores. México era la excepción en el mundo petrolero pues solo tenía contratos de servicios al igual que Kuwait (véase gráfico 2).

Con la Reforma Energética México actualiza su régimen contractual. Se mantiene la prohibición de concesiones, pero se incorporan al marco jurídico mexicano los contratos de servicios, de utilidad compartida, de producción compartida, de licencias o cualquier combinación de las anteriores.

Mito 3

Además de regalar el petróleo y el gas natural, el gobierno quiere entregar la refinación, la petroquímica, el transporte y el almacenamiento de hidrocarburos. Solo al gobierno privatizador de México se le ocurre invitar a privados a estos sectores estratégicos.

Respuesta 3

La refinación, la petroquímica, el transporte y el almacenamiento de hidrocarburos son actividades que antes de la reforma estaban práctica-

mente cerradas a la participación privada en México. El pasado modelo generaba graves ineficiencias. Nuestras refinerías tienen, en promedio, un porcentaje de utilización de 71% e importamos casi la mitad de las gasolinas que consumimos.⁹ Por otra parte, 65% de los petroquímicos que usamos también provienen del extranjero.¹⁰

En cuanto al transporte y la distribución, tenemos problemas tanto en gas natural como en productos refinados. De 1995 a la fecha, la extensión de la red de gasoductos se ha incrementado solo 18.3%, lo que ha puesto al sistema nacional de ductos en el límite de su capacidad.¹¹ En cuanto al transporte de gasolinas y otros petroquímicos, la falta de infraestructura suficiente ha provocado que utilicemos carro-tanques y auto-tanques para esta actividad, lo que nos cuesta entre 6 y 13.5 veces más que transportar el producto por ductos.¹²

La reforma energética aprobada, modificó el artículo 28 constitucional, para que los particulares puedan participar directamente en estas actividades a través de permisos otorgados por el gobierno de la República. De esta manera, Pemex por sí sola, o bien asociada con otras empresas, u otras empresas por sí solas, podrán llevar a cabo actividades de refinación, petroquímica, transporte y almacenamiento. Así, se generará valor económico en todas las etapas de la industria petrolera con el fin de reforzar este sector y reducir nuestra dependencia del extranjero.

Con distintos esquemas legales, casi todos los países del mundo permiten la participación privada para el desarrollo de la refinación, la petroquímica, el transporte y el almacenamiento. Así lo hacen Estados Unidos, Noruega y China, pero también es la normalidad en América Latina. Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Perú e incluso Venezuela y Cuba cuentan con esquemas de participación privada en refinación, petroquímica, transporte y almacenamiento, a través de instrumentos jurídicos que incluyen permisos, contratos y/o asociaciones (véase gráfico 3). Ahora México tendrá la oportunidad de competir en las mismas condiciones que el resto del mundo.

⁹ Fuente: Petróleos Mexicanos, promedio anual 1997-2012.

¹⁰ Fuente: Secretaría de Energía, con datos de Pemex-Petroquímica y Banco de México.

¹¹ Fuente: Prospectiva del Mercado de Gas Natural 2012-2026 y Petróleos Mexicanos.

¹² Fuente: Petróleos Mexicanos, Sistema de Información Energética.

Mito 4

El gobierno está mintiendo cuando dice que van a bajar los precios de la luz con la reforma energética.

Respuesta 4

El costo de la electricidad depende en gran medida del combustible que se utiliza para generarla. La energía eléctrica que se genera con gas natural es cuatro veces más barata que la que se genera con combustóleo y seis veces más barata que la que se genera con diésel, además de que el gas natural es un combustible más amigable con el medio ambiente. Pero México vive una paradoja. Siendo un país con grandes yacimientos de gas natural en el subsuelo, estamos importando una tercera parte del gas que consumimos.

Hoy en día, Pemex no produce todo el gas natural que necesitamos porque es una actividad poco rentable para esta empresa cuando se le compara con la rentabilidad de la extracción de petróleo. Con el modelo anterior, la producción de gas natural no podía ser llevada a cabo por el sector privado, ya que estaba prohibido por la Constitución. Eso nos llevó a un absurdo. Por un lado, no permitíamos que empresas particulares nacionales extrajeran gas natural en México, pero sí permitíamos que Pemex comprara gas natural a empresas mexicanas o extranjeras que producen gas en Estados Unidos y que lo revendiera en nuestro país, a un precio mayor del que tendría si se produjera en México.

Con el nuevo modelo, las empresas privadas pueden producir gas natural en México, por sí solas o asociadas con Pemex, y venderlo en nuestro país, generando empleos y pagando impuestos en nuestro territorio, en lugar de hacerlo del otro lado de la frontera.

A partir de los nuevos cambios, existirán múltiples productores de gas natural en México, con lo cual tendremos gas suficiente y a bajo precio para sustituir el combustóleo y el diésel que se utiliza actualmente en la generación de electricidad. Ello permitirá reducir los costos de generación y, por tanto, también reducir las tarifas de la luz en beneficio de las familias, los comercios y las industrias mexicanas. Entre más gas natural produzcamos en México, menores serán los costos de generar electricidad y en consecuencia se podrán reducir los recibos de luz.

Mito 5

Alguna vez nuestra producción de petróleo fue de 3.4 millones de barriles diarios y no se generaron empleos. El gobierno miente cuando dice que ahora sí se generarán esos empleos.

Respuesta 5

Con el nuevo modelo se estima que la producción de petróleo aumentará de 2.5 millones de barriles diarios que se producen hoy a 3 millones en 2018 y a 3.5 millones en 2025. En el caso del gas natural, la producción aumentará de los 5700 millones de pies cúbicos diarios que se producen actualmente, a 8000 millones en 2018 y a 10 400 millones en 2025. Pero estos no son los únicos beneficios que traerá el modelo. La apertura a la inversión de nuevas empresas tanto en exploración y extracción de gas natural y petróleo como en las fases de refinación, petroquímica, transporte y almacenamiento, generará una reacción en cadena positiva para impulsar el crecimiento económico.

La reforma energética, dará a la industria petrolera un impulso primario al incrementar la producción de petróleo y gas, pero también se acompañará de más empresas de apoyo técnico, servicios, tecnología y manufactura que generarán nuevos empleos que demandan los mexicanos. Así, resultará en cerca de un punto porcentual más de crecimiento económico en 2018 y aproximadamente dos puntos porcentuales más para 2025. Con este crecimiento, se crearán cerca de medio millón de empleos adicionales en este sexenio y dos millones y medio de empleos más hacia 2025.

Distintas instituciones financieras y centros de opinión independientes han estimado diversos números de crecimiento del empleo y del PIB consecuentes con la reforma energética. Algunos son más optimistas que el cálculo del gobierno de la República. Pero ninguno ha dicho que la economía o el empleo crecerían más si no se hubiera aprobado la reforma energética (ver gráfico 4).

Mito 6

Las empresas extranjeras van a poder registrar en Wall Street las reservas petroleras de México como activos suyos, quedándose con una parte de nuestro territorio.

Respuesta 6

El nuevo modelo energético es claro: la propiedad del petróleo y el gas es de los mexicanos. Bajo esta certeza jurídica, se planteó un modelo de contratos de utilidad compartida, contratos de producción compartida y contratos de licencia, que tienen las siguientes características: (1) el Estado mantiene la propiedad sobre los hidrocarburos en el subsuelo, (2) los contratos de utilidad compartida, de producción compartida, así como los contratos de licencia, no permiten registrar activos, (3) lo único que se permite es registrar los beneficios esperados del contrato como

una nota en la hoja de balance en los estados financieros de las empresas, pero siempre reconociéndose, y firmándose en los contratos, que los hidrocarburos del subsuelo, es decir el petróleo y el gas natural, son propiedad de la nación.

Los contratos de utilidad compartida y de producción compartida, así como los contratos de licencia, permiten a las empresas hacer esta anotación para mostrar los beneficios que esperan obtener a partir de los contratos. En ningún momento pueden ostentarse como dueñas de las reservas petroleras, pues éstas no forman parte de sus activos. Las reservas son propiedad exclusiva del país que tiene el petróleo y el gas en el subsuelo y que están protegidos por la Constitución.

Estos principios son una característica general del funcionamiento de este tipo de contratos a nivel internacional. El registro de los contratos, de hecho, es un mecanismo de transparencia que se puede verificar revisando los estados financieros de las empresas en Internet. Es una práctica internacional que permite al público en general conocer las inversiones que tienen las empresas petroleras, incluida Pemex, así como las regiones del mundo donde éstas se desarrollan. Esta información es pública y puede ser un instrumento útil para incrementar el nivel de seguimiento de la sociedad sobre la industria petrolera.

Mito 7

Brasil, Colombia y Noruega no son buenos ejemplos para el debate energético en México. Tampoco lo son China y Cuba, pues como México no hay dos.

Respuesta 7

La Reforma Energética implementa un modelo propio para México, pero toma en cuenta el aprendizaje de otros países donde las reformas energéticas han sido exitosas y han generado crecimiento económico y beneficios para su población. Los casos de Colombia y Brasil son claros ejemplos de éxito. Estos países incorporaron la participación de particulares en el sector petrolero a través de contratos de producción compartida y/o concesiones. Con sus reformas, estos países han podido casi duplicar y triplicar su producción de petróleo, respectivamente, con los beneficios económicos que esto implica (ver gráfico 5).

Por su parte, Noruega ha sido un ejemplo a nivel internacional gracias a su modelo innovador. Se trata de un caso de éxito que permite la participación privada, cuenta con órganos reguladores fuertes y un esquema transparente de administración de la renta petrolera a través de un fondo público para la inversión de largo plazo. No hay argumentos sólidos para

decir que México no hubiera podido aprender de este país. Tuvimos la ventaja de poder estudiar y adecuar a nuestra realidad los diseños institucionales más competitivos en la industria.

En un análisis comparativo internacional no hay ejemplo de algún país, de izquierda o de derecha, que mantenga un sistema monopólico para la producción de petróleo y gas natural, productos refinados y petroquímicos, así como el transporte y almacenamiento de hidrocarburos. México, antes de la reforma energética, era la excepción y no la regla.

Mito 8

Si se aprueba la reforma energética, le van a hacer un hoyo al presupuesto y para taparlo van a subir el IVA a alimentos y medicinas. Con la reforma energética va a haber menos hospitales, escuelas y programas sociales.

Respuesta 8

Este mito cayó por su propio peso. El domingo 8 de septiembre de 2013, el presidente de la República, Enrique Peña Nieto, presentó su propuesta de reforma hacendaria y de seguridad social, y en ésta no se propuso un incremento al IVA en alimentos ni medicinas. La reforma fiscal planteó un paquete enfocado en la justicia distributiva y el desarrollo económico, además de proponer un nuevo régimen fiscal para Pemex. En este esquema se reconocen los costos reales de la empresa, lo que le permitiría contar con mayores utilidades netas, es decir, con más recursos para invertir a futuro.

Asimismo, con el nuevo modelo energético, el Estado obtendrá más ingresos generados por nuevas inversiones en la industria petrolera. Esto permitirá que el Estado tenga finanzas más estables, y que pueda destinar más recursos a proyectos de infraestructura y programas sociales.

El Estado compensará la menor contribución de Pemex y recaudará más, gracias a la participación de nuevas empresas en el sector de hidrocarburos, tanto nacionales como internacionales, que pagarán impuestos en México y que antes lo hacían en otros países. La actividad en extracción de petróleo y gas natural, así como las funciones en refinación, petroquímica, transporte y almacenamiento, aumentarán significativamente. Esto se logrará bajo el nuevo modelo que atraerá más inversión e incorporará a nuevos jugadores al sector petrolero, a través de contratos y permisos con el gobierno de la República.

El ejemplo de Colombia es notable en cuanto al efecto de una reforma energética sobre las finanzas e ingresos del Estado. Tras implementar una reforma energética que incorporó a nuevos jugadores a la industria pe-

tolera, la recaudación de Colombia proveniente de los ingresos fiscales generados por el sector minero y energético aumentó de manera significativa. Si en 2009 fueron de 11 146 millones de pesos colombianos, para 2012 dichos ingresos ascendieron a 31 740 millones (véase gráfico 6).

Mito 9

No deberíamos explotar los campos de gas natural y petróleo de lutitas porque la fractura hidráulica o fracking causa contaminación del agua de uso doméstico y perjudica el medio ambiente.

Respuesta 9

La fractura hidráulica puede llevarse a cabo con criterios de sustentabilidad y protección del medio ambiente cuando se hace bajo los mejores estándares internacionales. Por otro lado, es falso que el agua utilizada sea la misma que sirve para consumo humano.

El riesgo de contaminación del agua potable a causa de la actividad de fractura hidráulica existe cuando se tiene una práctica no adecuada y los yacimientos de lutitas se encuentran muy cercanos a la superficie y, por lo tanto, cercanos a los posibles acuíferos. En México no existe este riesgo ya que los yacimientos de lutitas se encuentran a profundidades mucho mayores a las de los acuíferos de agua potable. De acuerdo con los registros de la Comisión Nacional del Agua, los acuíferos que aportan agua para consumo humano en el norte del país se ubican a menos de 200 metros de profundidad con respecto a la superficie, mientras que los yacimientos de lutitas se encuentran a partir de los 1270 metros de profundidad y hasta los 3980 metros bajo la superficie, por lo que no podría haber contacto con los acuíferos que proveen agua a la población.

Por otra parte, el agua que se utiliza para la fractura hidráulica es distinta a la destinada al consumo humano. Para obtener el agua requerida es posible recurrir a acuíferos profundos de alta salinidad, que no son aptos para el consumo humano y se encuentran distribuidos en el territorio nacional. Otra alternativa es el procesamiento de agua marina para usarse en la fractura de los yacimientos.

La industria de la explotación de lutitas ha desarrollado procesos de reciclaje de agua que permiten usar un fluido de fractura proveniente de un pozo en otro. El líquido de reúso es almacenado en depósitos cerrados para su futuro aprovechamiento y evitar así la contaminación del medio ambiente.

Mito 10

La reforma energética en realidad fue planeada en Estados Unidos de América para quedarse con nuestro petróleo. Por eso el gobierno nos oculta que Pemex ya tiene éxito en aguas profundas y campos de lutitas.

Respuesta 10

Los avances tecnológicos en aguas profundas y campos de lutitas en Estados Unidos le han permitido incrementar considerablemente su producción de petróleo y gas natural. De hecho, en los últimos cinco años, y en sentido contrario a la tendencia decreciente que se presenta en México, los Estados Unidos han reducido su dependencia del exterior y van en ruta a convertirse en un país autosuficiente en hidrocarburos.

De 2008 a 2012, la producción de petróleo en los Estados Unidos se ha incrementado para pasar de 5 millones de barriles diarios a 7.5 millones de barriles diarios. Por otro lado, su producción de gas natural se ha incrementado de 55 200 a 65 900 millones de pies cúbicos al día en ese mismo periodo de tiempo. Como productor de petróleo, Estados Unidos está por alcanzar a Arabia Saudita.¹³

En sentido contrario, México ha perdido cerca de 1 millón de barriles diarios en su producción petrolera e importa una tercera parte del consumo nacional de gas natural, gran parte proveniente de Estados Unidos. En suma, la reforma energética no le dará más petróleo o gas natural a los Estados Unidos, de eso se han encargado ellos mismos incrementando considerablemente su producción interna. En cambio la reforma sí le dará a México los instrumentos para ser autosuficiente en gas natural, volver a ser un potente exportador de petróleo (ahora hacia China e India), así como fortalecer la soberanía energética que ha sido afectada por la dependencia actual de importaciones de gas natural, gasolina y petroquímicos.

Un comparativo del desarrollo de la industria en aguas profundas y campos de lutitas entre Estados Unidos y México es clave para entender la urgencia de modernizar el sector energético nacional.

En aguas profundas, los yacimientos que se encuentran en Estados Unidos en el Golfo de México son similares a los de nuestro país. Sin embargo, su nivel de éxito es muy superior. Mientras en Estados Unidos ya se produce un millón de barriles diarios de petróleo en aguas profundas,

¹³ IMCO, “Nos cambiaron el mapa: México ante la revolución energética del siglo XX!”, México, 2013, p. 19.

en México no se produce un solo barril de petróleo proveniente de este tipo de yacimientos (véase gráfico 7).

Tan solo en 2012, en Estados Unidos se perforaron 137 pozos en aguas profundas y ultraprofundas, mientras que en México solo se perforaron 6 pozos, todos ellos con fines exploratorios, no extractivos. Estados Unidos ha logrado alcanzar y sostener altos niveles de producción mediante la perforación de más de 100 pozos por año en este tipo de yacimientos, con la participación de más de 70 empresas petroleras. En México, con el anterior marco jurídico, solamente Pemex podía participar en estas actividades.¹⁴

El panorama en campos de lutitas es muy similar. No obstante que las estructuras geológicas norteamericanas de gas y petróleo de lutitas se extienden a México, el marco jurídico previo a la reforma no permitía aprovechar correctamente estos recursos. En 2012, en Estados Unidos la producción de gas de lutitas representó el 35% de su producción total, con una producción de 24 278 millones de pies cúbicos por día. En nuestro país, no se ha producido gas natural proveniente de campos de lutitas (véase gráfico 8).

En Estados Unidos, en 2012 se otorgaron 9100 permisos de perforación de hidrocarburos en lutitas y participaron 170 empresas.¹⁵ En México, solo se otorgaron a Pemex tres para perforar en este tipo de cuencas. Mientras Estados Unidos se posicionaba a nivel global como una nueva potencia energética gracias al desarrollo de campos de lutitas, en México, antes de la reforma, se prohibía que empresas distintas a Pemex pudieran llevar a cabo estas actividades para desarrollar nuestros recursos.

El viejo mito de que los norteamericanos vienen por el petróleo de México no tiene cabida en el contexto actual. La realidad nos obliga a redefinir la política energética nacional. Habrá que dejar atrás los mitos del pasado mediante la implementación de una reforma que permita aprovechar para el desarrollo interno los recursos de petróleo y gas natural en aguas profundas y en campos de lutitas.

¹⁴ Fuente: Comisión Nacional de Hidrocarburos con información de North Dakota Department of Mineral Resources; Oklahoma Geological Survey; Texas Railroad Commission; Bureau of Ocean Energy Management; Oil & Gas Journal Well Forecast for 2013.

¹⁵ *Idem.*

Mito 11

No importa cuántos argumentos técnicos dé el gobierno porque la reforma energética no toma en cuenta algo fundamental: el nacionalismo mexicano. No se puede negar que la reforma energética va en contra de nuestra soberanía.

Respuesta 11

La reforma fortalece la soberanía energética de México. De hecho, corrige al menos tres ironías que son las que verdaderamente afectaban la soberanía nacional.

La primera ironía se observa en la refinación de gasolina. Pemex cuenta con seis refinерías ubicadas en el territorio nacional: Cadereyta, Tula, Salamanca, Minatitlán, Salina Cruz y Madero. Pemex también cuenta con una refinерía en Estados Unidos, llamada Deer Park, en Texas. Se trata de una refinерía donde Pemex está asociada con la empresa europea Shell, y en la que principalmente se refina petróleo mexicano.

Deer Park es la más eficiente de todas las refinерías con las que cuenta Pemex. Esto puede observarse a partir de un comparativo de sus márgenes variables de refinación en dólares por barril. Por cada barril de petróleo que se procesa en Deer Park, se obtiene una ganancia de 7.3 dólares, mientras que en la mitad de las refinерías ubicadas en territorio nacional se opera con pérdidas. La refinерía de Madero pierde 1.1 dólares por cada barril de petróleo que procesa, en Salina Cruz se pierden 80 centavos de dólar y en Minatitlán 30 centavos de dólar por cada barril de petróleo procesado (véase gráfico 9).

A pesar de los buenos resultados técnicos de la asociación público-privada en Deer Park, es irónico que antes de la reforma energética Pemex no podía asociarse en México con otras empresas, pero sí lo podía hacer en el extranjero. Si Pemex quería construir una refinерía en asociación con Shell y en lugar de hacerla en Texas propusiera construirla en Veracruz o en Hidalgo, no lo podría hacer porque el marco jurídico anterior no lo permitía.

Peor aún, ante la falta de eficiencia del sistema nacional de refinación, México importó del extranjero, principalmente de Estados Unidos, casi la mitad de la gasolina que se consumió en 2012. Esto fue una consecuencia de tener, previo a la reforma, un marco jurídico cerrado a la participación privada. Ni Pemex podía asociarse con particulares en el territorio nacional, ni estaba permitido que otras empresas privadas pudieran producir gasolinas en México, y como Pemex no producía toda la gasolina que el país necesitaba, se importaba cada vez más.

¿A quién le compraba Pemex la mitad de la gasolina que consumía el país? A productores privados, siempre y cuando no estuvieran en territorio nacional, pues la Constitución y la ley, previas a la reforma, no permitían la refinación privada en México. En consecuencia, con el sistema jurídico anterior, las inversiones, los empleos y los impuestos se quedaban en el extranjero, en lugar de que esa inversión, empleos y pago de impuestos pudieran haberse generado en México.

Con la Reforma Energética, Pemex puede asociarse con empresas privadas al interior del país, como ya lo hace en Texas, o bien empresas privadas pueden producir por sí mismas gasolina en México. Así, se podrán construir nuevas refinerías o reconfigurar las existentes, se fortalecerá el abasto nacional, y la inversión en refinerías se podrá traducir en más empleos, crecimiento económico y pago de impuestos en nuestro país.

La segunda ironía es que México es un país con grandes recursos de gas natural, pero Pemex no los explota y el país importa 30% del gas natural que consume. ¿Qué explica esta situación? Pemex debe tomar una decisión de negocios entre dos tipos de proyectos. Producir un barril de petróleo le cuesta entre 15 y 20 dólares y lo vende aproximadamente a 100 dólares. Es decir, tiene una ganancia de casi 80 dólares. En cambio, producir gas natural le cuesta aproximadamente 3 dólares y lo vende a 3.50 dólares. Es decir, solo tiene una ganancia aproximada de 50 centavos de dólar. Naturalmente, Pemex enfoca sus recursos en el negocio que le representa mayor rentabilidad.

El problema es que, bajo el marco constitucional previo a la reforma, nadie más que Pemex podía producir el gas natural que necesitaba el país. La Constitución, antes de la reforma, prohibía que productores privados pudieran extraer gas natural mexicano y atender el desabasto de Pemex. Esa prohibición resultaba en importar gas natural de productores privados, siempre y cuando estuvieran localizados del otro lado de la frontera.

Irónicamente hay empresas mexicanas que al no poder producir gas natural en México, lo producían en Estados Unidos, generando empleos, crecimiento económico y pago de impuestos allá en lugar de en nuestro país. Por ejemplo, la empresa Newpek, subsidiaria del conglomerado mexicano Alfa, cuenta con 300 pozos de extracción de gas y petróleo de lutitas en Texas, con una producción de 7100 barriles de petróleo y gas natural que tanta falta hace en México. De hecho, en el segundo trimestre de 2013, Newpek anunció una inversión de 17 millones de dólares en

Estados Unidos.¹⁶ Gracias a la reforma energética este tipo de inversiones ya podrán hacerse en México con lo cual se podrá reducir la dependencia en las importaciones de gas natural.

La tercera ironía también tiene que ver con la producción de gas natural, pero se enfoca en la forma en que esto afecta las tarifas eléctricas. Como no se cuenta con el suficiente gas natural, se tiene que generar electricidad con combustóleo y diésel, que son hasta 4 y 6 veces más caros que el gas natural, y son más contaminantes.¹⁷ El utilizar combustóleo y diésel, encarece los costos de generación de electricidad, lo que finalmente aumenta los precios de la luz. En México se paga en promedio 25% más por la electricidad que en Estados Unidos, a pesar de los subsidios. En el caso de la producción industrial el sobreprecio que se paga en nuestro país llega a ser de 180%.

Es irónico que siendo un país con grandes recursos de gas natural, Pemex no produzca lo suficiente, ni la Constitución (previa a la reforma) permita que nadie más lo haga. Pero sobre todo, que ello repercuta en tarifas eléctricas más caras para las familias, los pequeños negocios y las grandes empresas de México. La reforma energética permite las asociaciones público-privadas, así como la participación privada por sí sola, para refinar y extraer gas natural. Esto permitirá reducir importaciones de gasolina y gas natural, y disminuir el costo de generar electricidad.

Mito 12

La Reforma Energética no es una panacea, ni siquiera intenta resolver el problema de la corrupción y no establece mecanismos de transparencia para Pemex y para la industria privada.

Respuesta 12

Con la Reforma Energética se crean mecanismos efectivos de transparencia y combate a la corrupción en todo el sector energético. El nuevo modelo pondrá en práctica un sistema de herramientas jurídicas e incentivos adecuados para estos propósitos.

La reforma creó un esquema de transparencia que abarca distintos aspectos e incluye todas las etapas del nuevo modelo de contratos. En los artículos transitorios se establecieron cuatro mecanismos de transparen-

¹⁶ Banamex. Accival-Contacto, 2013.

¹⁷ Fuente: Comisión Reguladora de Energía. Reporte Mensual de Estadísticas del Sector Eléctrico. Septiembre 2013 y International Energy Agency. CO2 Emissions from fuel combustion. 2012.

cia que no se tenían en el sistema previo a la reforma y que obedecen a mejores prácticas internacionales.

En primer lugar, todas las rondas de licitación para asignar los nuevos contratos de servicios, utilidad o producción compartidas, y licencias para producir gas natural o petróleo, así como sus lineamientos, serán públicos. En segundo lugar, los propios contratos, como instrumentos jurídicos, contarán con cláusulas de transparencia para que los pueda consultar cualquier interesado. En tercer lugar, las empresas exploradoras y extractoras de gas natural o petróleo deberán hacer públicos los costos en los que incurran y los pagos que reciban en consecuencia. En cuarto lugar, también serán públicos, transparentes y auditables los recursos que reciba el Estado por el gas natural o el petróleo que se extraiga consecuente con los nuevos contratos que establece la reforma, así como la forma en que dichos recursos serán utilizados.

Un elemento adicional de combate a la corrupción es que la reforma exige, a través de un artículo transitorio, el establecimiento de mecanismos legales para prevenir, investigar, identificar y sancionar acciones u omisiones contrarias a la ley y actos de corrupción que pudieran presentarse en el sector energético. Esto aplica tanto a funcionarios públicos, como a miembros del sector privado.

Con este conjunto de medidas, los mexicanos se verán favorecidos mediante un esquema que garantizará la transparencia y permitirá una efectiva rendición de cuentas y la prevención y combate a la corrupción en el sector energético. Aspectos que no existían antes de la reforma y que, con justicia, reclamaba gran parte de la sociedad.

Mito 13

La Reforma Energética se hizo para aumentar los ingresos del gobierno y desperdiciar la renta petrolera en gasto corriente

Respuesta 13

La Reforma Energética crea un modelo responsable para administrar la renta petrolera, bajo los más altos estándares de transparencia, que invertirá los recursos petroleros en proyectos de largo plazo, beneficiando a las futuras generaciones.

En la experiencia internacional, los fondos petroleros se establecen para hacer frente a la inestabilidad e incertidumbre de los ingresos del petróleo (fondos de estabilización) o para ahorrar para generaciones futuras y garantizar el bienestar social de la población (fondos de ahorro). Con la Reforma Energética, México tendrá ambos beneficios. Se crea el

Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo que, por una parte permitirá proteger las finanzas públicas frente a escenarios de inestabilidad y por otro lado, invertir en proyectos de largo plazo para el desarrollo del país (ver gráfico 10).

Este fondo se constituirá como un fideicomiso público, sujeto a obligaciones de transparencia, en el que el Banco de México fungirá como fiduciario. El fondo se encargará de captar los recursos que reciba el Estado por todos los proyectos de exploración y extracción de petróleo y gas natural, sea a partir de asignaciones o contratos.

Con el Fondo, los recursos petroleros excedentes se repartirán de la siguiente manera. Se asegurará que los ingresos petroleros considerados en el Presupuesto de Egresos de la Federación se mantengan en 4.7% del PIB, correspondientes a los ingresos que tuvo el país por petróleo y gas natural en 2013. Esto en beneficio de la estabilidad de las finanzas públicas federales, estatales y municipales. En segundo lugar, los ingresos petroleros se destinarán a una cuenta de ahorro de largo plazo para lograr recursos equivalentes al 3% del PIB.

Una vez logrado ese nivel mínimo, el Fondo invertirá recursos de su saldo acumulado en rubros fundamentales para el desarrollo nacional. Por cada dólar adicional que ingrese al Fondo, por lo menos el 40% de esos recursos deberá utilizarse para fortalecer el ahorro de largo plazo e incrementar así esa bolsa del 3% del PIB para llegar, eventualmente, hasta el 10% del PIB.

El resto, se distribuirá de la siguiente manera. Hasta un 10% para el Sistema de Pensión Universal; hasta un 10% para financiar proyectos de inversión en ciencia, tecnología e innovación y en energías renovables; hasta 30% para fondear un vehículo de inversión especializado en proyectos petroleros y, en su caso, en inversiones de infraestructura para el desarrollo nacional, y hasta 10% en becas para la formación de capital humano en universidades y posgrados, en proyectos de mejora a la conectividad, así como el desarrollo regional de la industria. Con excepción del programa de becas, no podrán emplearse recursos para gasto corriente.

Para asegurar una administración adecuada de los ingresos, el Fondo contará con un Comité Técnico integrado por tres representantes del Estado (los secretarios de Hacienda y de energía, y el gobernador del Banco de México), así como cuatro miembros independientes nombrados por el presidente de la República y aprobados por las dos terceras partes de los miembros presentes del Senado de la República.

La creación del Fondo representa un avance sin precedentes en el sector energético y en el manejo de las finanzas públicas del país. Con este mecanismo, la renta petrolera se invertirá en proyectos de largo plazo, para que el sector energético se convierta verdaderamente en una palanca de desarrollo nacional.

Conclusión

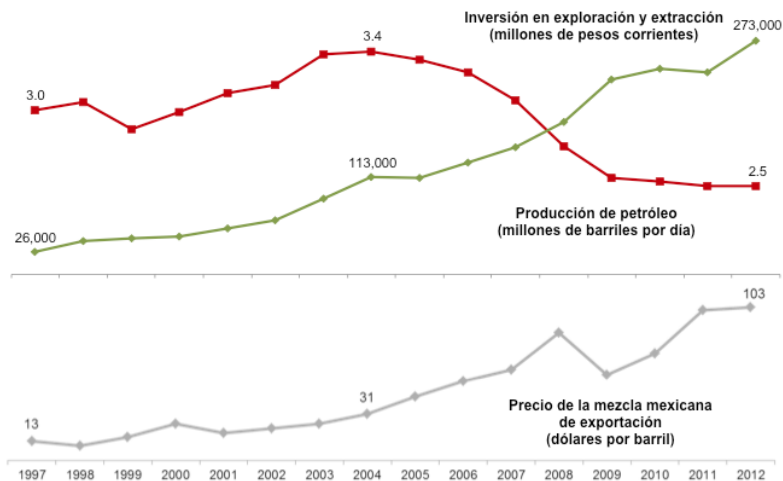
A pesar de los mitos que se han generado sobre la reforma al sector energético en México, los datos duros muestran una realidad distinta. Antes de la reforma, el país sufría las consecuencias de tener un marco jurídico cerrado y una organización económica prácticamente monopólica. Esta realidad provocó la disminución en la producción de petróleo y de gas natural, así como la importación abundante de refinados y petroquímicos. Las cuatro tendencias debilitaban la soberanía nacional. La Reforma Energética permitirá cambiar estas tendencias a fin de que México vuelva a ser un potente exportador de energía.

Reformas similares se han llevado a cabo en Brasil, Noruega y Colombia, con lo que han incrementado su producción de hidrocarburos, obteniendo enormes beneficios para su población. En sentido contrario, México tenía contratos desventajosos para extraer petróleo y gas natural, y la prohibición de que Pemex se asociará con particulares en territorio nacional. Con la Reforma Energética, México pone al día su marco jurídico y económico para desarrollar al máximo el gran potencial con el que cuenta. Con la reforma, se calcula que se generará un punto porcentual adicional de crecimiento económico en 2018 y aproximadamente dos puntos porcentuales más para 2025. Esto se traducirá en cerca de medio millón de empleos adicionales en este sexenio y 2 millones y medio de empleos más en 2025.

Por otra parte, con el incremento en la producción de gas natural y la mayor eficiencia en los procesos de distribución y almacenamiento del sector, los mexicanos contaremos con un mayor abasto de energéticos a precios más accesibles. Así, podrán reducirse las tarifas eléctricas, el precio del gas, de los fertilizantes y de los alimentos, en beneficio de las familias, los pequeños negocios y la industria mexicana.

Con la Reforma Energética, México fortalece su soberanía, amplía los elementos de transparencia en el sector y da un gran paso en su proyecto de desarrollo social. Es momento de dejar atrás los mitos y de sumar esfuerzos para aprovechar la gran oportunidad técnica que tenemos en frente.

Gráfico 1. Inversión en exploración y extracción, producción de petróleo y precio de la mezcla mexicana de exportación (1997-2012)



Fuentes: Precio promedio anual de la Mezcla Mexicana de Exportación, PMI Comercio Internacional 1997 – 2012. Producción: Base de Datos Institucional de Pemex, 1997–2012. Inversión: Anuario Estadístico de Pemex, 1997-2012 y Consejo de Administración de Pemex, junio 2013.

Gráfico 2. Regímenes jurídicos en exploración y extracción de petróleo de los 20 principales países productores

Lugar 2013	País	Producción (2013*) mbd	Régimen Contractual
1	Rusia	10,052	Concesiones y contratos de producción compartida
2	Arabia Saudita	10,040	Concesiones
3	Estados Unidos	7,487	Concesiones
4	China	4,043	Contratos de producción compartida
5	Canadá	3,586	Concesiones
6	Irán	3,200	Contratos de utilidad compartida
7	Irak	3,100	Contratos de producción y de utilidad compartida
8	Emiratos Árabes Unidos	2,820	Concesiones
9	Kuwait	2,650	Contratos de servicios
10	México (antes de la reforma)	2,522	Contratos de servicios
	México (con la reforma)	--	Contratos de servicios, de utilidad y producción compartida y de licencia
10	Nigeria	2,400	Concesiones y contratos de producción compartida
11	Venezuela	2,300	Concesiones
12	Brasil	1,974	Concesiones y contratos de producción compartida
13	Angola	1,790	Concesiones, contratos de producción y de utilidad compartida
14	Noruega	1,648	Concesiones
15	Kazajistán	1,586	Concesiones y contratos de producción compartida
16	Algeria	1,520	Concesiones
17	Qatar	1,200	Contratos de producción compartida
18	Colombia	1,020	Concesiones
19	Libia	1,000	Contratos de producción compartida
20	Omán	931	Contratos de producción compartida

Fuente: World Rating of Oil and Gas Terms; PFC Energy, Van Meurs Corporation y Roger Oil & Gas Consulting. *Niveles de producción julio 2013: U.S. Energy Information Administration

Gráfico 3. Modelos de participación privada en refinación, petroquímica y transporte en varios países

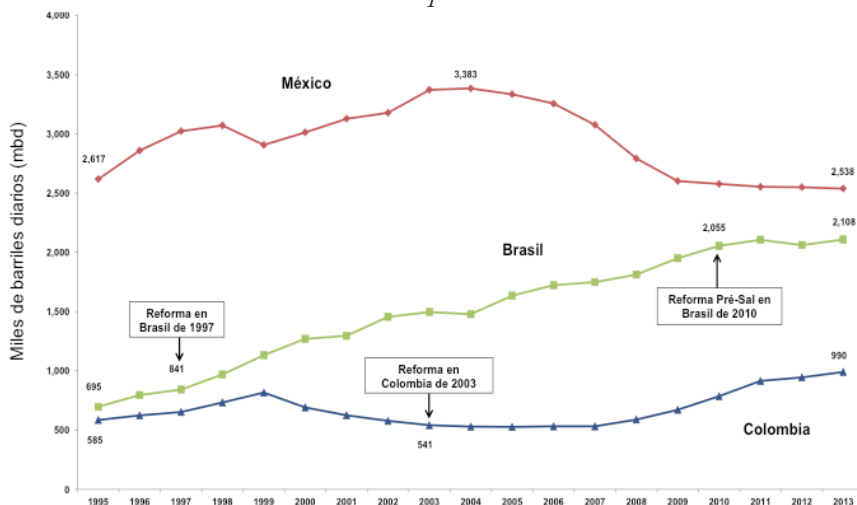
País	Refinación	Petroquímica Básica	Transporte
Argentina	Concesión o permiso	Concesión o permiso	Concesión o permiso
Bolivia	Licencia	Licencia	Concesión
Brasil	Concesión o asociación	Concesión o permiso	Concesión
Chile	Asociación	Asociación	Concesión o asociación
China	Asociación	Asociación	Asociación o contrato con empresas estatales
Colombia	Autorización	Autorización	Licencia
Cuba	Alianza	Alianza	Alianza
Ecuador	Contrato o asociación	Contrato o asociación	Contrato o asociación
Estados Unidos	Concesión o permiso	Concesión o permiso	Concesión o permiso
Noruega	Concesión	Concesión	Concesión
Perú	Contrato	Convenio o permiso	Concesión
Venezuela	Empresa mixta o licencia	Empresa mixta o permiso	Empresa mixta o permiso
México sin Reforma	No	No	No para: Petróleo y gas natural no procesado, Gasolina y diésel (por ducto) y Petroquímicos básicos
México con reforma	Permiso	Permiso	Permiso

Fuente: Secretaría de Energía (2013).

Gráfico 4. Impacto de la Reforma Energética sobre la economía mexicana, según diversos análisis

Institución	Periodo	Crecimiento del PIB	Generación de Empleos	Fuentes
Sector Bancario				
Banamex ¹	2014 – 2018	2.5%	285 mil por año en promedio (1.4 millones de empleos adicionales en 2018)	Conferencia presentada por Roberto Hernández presidente del Consejo de Administración de Banamex en el Congreso Internacional de Negocios realizado en la Universidad Iberoamericana, 19 de marzo de 2013
HSBC	-	2.0%	-	Entrevista a Mileno, Sergio Martín, Economista en Jefe de HSBC México, 11 de octubre de 2012.
BARCLAYS	2014 – 2030	1.5%	-	Barclays, Infotel-Financiero, 3 de mayo de 2013.
Banorte-IXE	2014 – 2015	0.75%	-	Conferencia de Gabriel Casillas Olvera Director General de Análisis Económico de Banorte en el Instituto Internacional de Finanzas, 22 de febrero de 2013.
BBVA	2014 – 2018	0.4%	-	BBVA Research, Carlos Serrano Herrera, Economista en Jefe de BBVA para México, 09 de agosto de 2013.
Deutsche Bank Mexico	--	1.5		Deutsche Bank-Mexico: Senate approves the energy reform, 11 de diciembre de 2013.
BofA Merrill Lynch	--	1.0		Reporte BofA Merrill Lynch. Energizing Mexico 2.0, 13 de diciembre de 2013.
Instituciones Privadas				
Mexico Institute del Woodrow Wilson International Center	-	2.0%	-	Audiencia del subcomité de relaciones exteriores de la Cámara de Representantes, Participación de Duncan Wood Presidente del Mexico Institute del Woodrow Wilson International Center, 3 de marzo de 2013.
Instituto Mexicano para la Competitividad (IMCO)	2014 – 2030	1.7%	100 mil por año	Índice de competitividad internacional 2013, (IMCO).
Partidos Políticos				
Partido Acción Nacional	-	1.5%	100 mil por año	Página web del Partido Acción Nacional. Propuesta de reforma energética del PAN. 18 de julio de 2013.
Gobierno				
SHCP	2014 – 2030	1.32%	230 mil por año	SHCP

Gráfico 5. Impacto de las reformas energéticas de Brasil y Colombia en su producción de petróleo



Fuentes: Energy Information Administration, Departamento de Energía de Estados Unidos, junio 2013.
 Base de datos institucional de Petróleos Mexicanos.

Gráfico 6. Renta petrolera generada por el sector energético en Colombia (miles de millones de pesos colombianos)

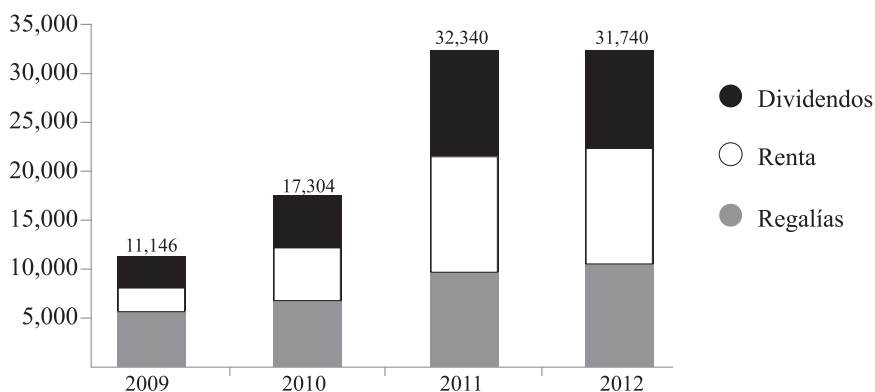
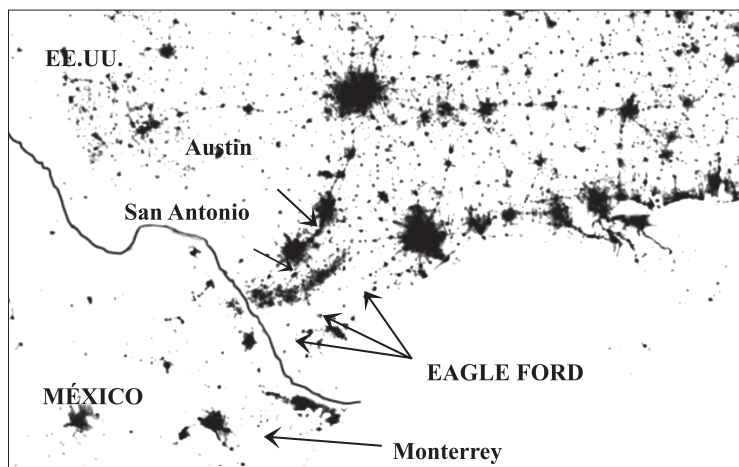


Gráfico 7. Yacimientos en aguas profundas y ultraprofundas del Golfo de México



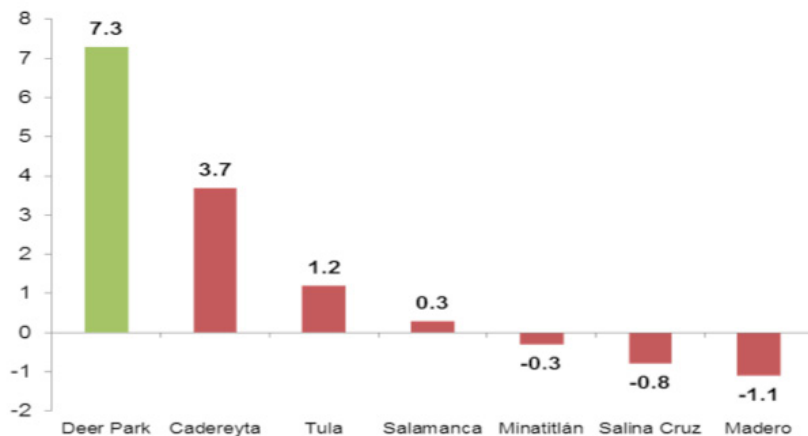
Fuente: Comisión Nacional de Hidrocarburos con información de North Dakota Department of Mineral Resources; Oklahoma Geological Survey; Texas Railroad Commission; Bureau of Ocean Energy Management; Oil & Gas Journal Well Forecast for 2013.

Gráfico 8. Formación Eagle Ford, Texas



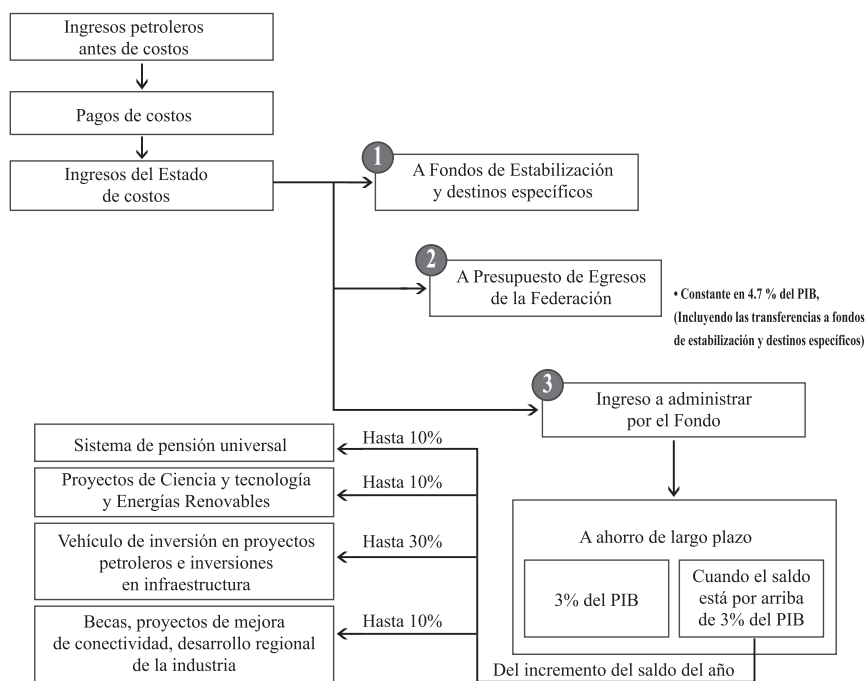
Fuente: Comisión Nacional de Hidrocarburos con información de North Dakota Department of Mineral Resources; Oklahoma Geological Survey; Texas Railroad Commission; Bureau of Ocean Energy Management; Oil & Gas Journal Well Forecast for 2013.

Gráfico 9. Comparación de refinerías del Sistema Nacional de Refinación vs Deer Park (margen variable de refinación 2012, en dólares por barril)



Fuente: Sesiones Ordinarias 132, 145 y 153 del Consejo de Administración de Pemex-Refinación.

Gráfico 10. Funcionamiento del Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo



LA RESPONSABILIDAD DEL PORVENIR: REFLEXIONES Y DIGRESIONES

Arturo OROPEZA GARCÍA*

*Con gran reconocimiento y estimación para el
doctor Jorge Carpizo, quien con su muerte
adelantada deja un gran vacío en el
debate por el futuro del país.*

I

Dice Daniel Innerarity que “el ser humano es el único de los seres vivos que sabe que hay futuro. Si los humanos se preocupan y esperan es porque saben que el futuro existe, que éste puede ser mejor o peor y que eso depende en alguna medida de ellos”.¹

Al revisar la realidad política, económica y social del país, resulta imposible dejarnos de preguntar ¿qué paso en México con el futuro? ¿En qué momento esta categoría del tiempo desapareció de la agenda nacional? ¿Desde cuándo el agobio del presente nos nubló el porvenir? Todas estas preguntas y muchas más que se derivan de ellas, nos llevan a un punto de partida que intenta registrar el momento en que el país perdió la preocupación del futuro como un destino mejor para la mayoría de sus habitantes. Del tiempo en que nos atrapó la inmediatez y un presente infinito que parece no terminar nunca.

A partir de los años setenta del pasado siglo —agrega Innerarity— el futuro se introdujo en nuestra agenda, pero menos como ámbito de configuración

* Doctor en Derecho e investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Arbitro No-Nacional por parte de Brasil dentro del Mecanismo de Solución de Controversias del MERCOSUR. Autor de diversas obras sobre Derecho Económico e Integración Económica.

¹ Innerarity, Daniel, *El futuro y sus enemigos*, Paidós, 2009, p. 11.

que como realidad problemática: irrumpen los límites del crecimiento, las sombrías perspectivas ecológicas, se tematiza el riesgo; se instala la crisis de la idea del progreso. Los ciudadanos se sienten escépticos ante los llamamientos a avanzar hacia horizontes no inmediatos y los políticos siguen cómodamente ese juego.²

Pareciera de pronto que nuestro déficit de futuro corre el consuelo de ser parte de un desencanto colectivo, lo cual nos exonera de toda responsabilidad al ser pasajeros de una misma nave de futuro incierto. Sin embargo, al intentar una segunda mirada, parece que nuestras preocupaciones no han llegado aún a ese nivel de empatamiento global, y por el contrario, sumidos en su propio laberinto, nuestros problemas gravitan todavía alrededor de limitaciones locales que bloquean el paso a otro tipo de preocupaciones de orden mundial.

Junto con el extravío de rumbo, pareciera también que el país perdió la conciencia de su capacidad de asumirse como un actor con el potencial de ser merecedor de mejores resultados en todos sus ámbitos, así como de mantener el respeto de sus contemporáneos en el concierto global. Desde luego, aquí no se trata de reincidir en la polémica ancestral sobre el mexicano y su laberinto de soledad; es algo más simple y terrenal, es el momento en que se perdió la capacidad de crecer económicamente de manera sostenida, de mejorar la distribución del ingreso, de mantener la calidad y la cobertura de la política social, de brindar seguridad pública a la población, de no perder el respeto que tanto había costado ganar entre los vecinos del barrio regional y los demás actores del mundo. Es, desde luego, una pérdida más simple que encontrar el saber ontológico del mexicano, de ese mexicano que según Octavio Paz se encuentra huérfano de pasado y con un futuro por inventar.³ Es algo más presente, más cotidiano: la satisfacción de saber que se vive en un país que a pesar de sus carencias, tiene rumbo, tiene objetivos, tiene Estado de derecho, respeto de sí mismo, que ofrece seguridad y que poco a poco va mejorando la vida económica y social de sus habitantes.

Ante esta pérdida de brújula, de conciencia sobre el porvenir, el paisaje nacional se vuelve desolador, porque en el día a día la discusión por el futuro se ha sustituido por la defensa de un presente que no alcanza, pero que se defiende porque atrás de él hay un pasado que preocupa y

² *Ibidem*, p. 12.

³ Paz, Octavio, *El laberinto de la soledad, Posdata, Vuelta al laberinto de la soledad*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 187.

que ancla a toda una nación en la defensa de un proyecto cuyos buenos resultados no acaban de llegar, o en la preservación de un interés que de ningún modo es colectivo. Este presente también se defiende porque da miedo lo que sigue, porque se le tiene temor a la obscuridad de un futuro que no se atina a vislumbrar, o peor aún, porque el interés de pocos reconoce que no hay nada que cambiar o solo acepta el cambio “dirigido”; porque desea que el hoy sea eterno, ya que cree que el mejor futuro es el presente. Mientras más vueltas se le da a este presente infinito, inacabado, la degradación nacional se sigue instalando en el espacio del futuro.

Nos olvidamos del porvenir porque aún no resolvemos el presente. Debido a que nos agobia el presente es que no podemos pensar en el porvenir. Pareciera que a veces nos agota el día a día y nuestro futuro más lejano es la noticia periodística del día siguiente, la cual es el termómetro que nos dice si el país va mal o peor, si sobrevivimos a la violencia de la noche, si nuestra capacidad de asombro tendrá un límite, si el fallo político en algún momento encontrará medida. Todo ello dentro de un breve espacio que inicia un lunes y termina el viernes, en una inercia de sobrevivencia política, económica y social que apuesta a una solución milagrosa que no conoce, pero que espera que llegue en cualquier momento, como un acto de resurrección en el que todo comience de nuevo y se acabe el laberinto del presente incierto. A veces parece que nosotros no renunciamos al futuro sino que el futuro nos olvidó.

Cuando empezamos a conformarnos con los sobrantes del presente; cuando empezamos a justificar lo que se hacía mal; cuando permitimos que la corrupción sustituyera al mérito; cuando empezamos a llenar nuestras puertas con más y más candados para que no entrara la violencia, renunciamos al futuro y le cerramos la puerta al porvenir. Cuando se puso el destino político en manos de la democracia y se confundió con la alternancia, cuando se puso la suerte económica de más de cien millones de mexicanos en un ente ciego como el mercado; cuando a ambas instancias se les responsabilizó del porvenir, el país abandonó el timón de un barco que a falta de rumbo ha venido encallando en el mar de su circunstancia. Perdimos al futuro cuando en una gestión equivocada del presente nos deslindamos de nuestra responsabilidad política y económica a través de un proyecto: democracia y mercado; a los que les adjudicamos vida propia y los responsabilizamos de nuestra suerte. Desde luego la democracia y el mercado no han fallado, lo que falló fue la idea milagrosa de dichos proyectos, la percepción equivocada de que solo bastaba elegirlos y subirse a ellos para que nos condujeran con éxito al mundo de la estabilidad política y el desarrollo económico.

La desilusión de la democracia en México no es privativa del país, en su percepción más amplia forma parte de un desencanto mundial derivado de la falta de resultados políticos, económicos y sociales. Dice Pedro Salazar que:

La consolidación de las democracias constitucionales es incierta. Al menos la imagen del presente ofrece más ambigüedades que certezas. No porque existan abiertamente modelos o paradigmas alternativos sino porque, desde su interior, los estados democráticos y constitucionales han fallado en sus promesas estratégicas: representación, transparencia, igualdad política y social, educación ciudadana, etcétera. De alguna manera —para jugar con la metáfora de Huntington— podemos decir que el oleaje democrático llegó, se expandió, ganó terreno y ahora, como si se tratara de una inercia inevitable, ha comenzado a replegarse. Tal vez se trata —ojalá— de un repliegue pasajero pero, por el momento, está descubriendo parcelas importantes del terreno que hasta hace muy poco cubría.⁴

Sin embargo, nuestra crisis democrática, a pesar de coincidir en el tiempo con una ola global de indignación y desencanto, guarda una identidad propia de insuficiencia que la diferencia de los otros esquemas de incumplimiento político. Nuestro problema no se refiere únicamente a la falta de resultados; transita antes, en mayor o menor medida, por una larga lista de temas pendientes como la insatisfacción con lo actuado por los partidos políticos, los diferentes órganos legislativos, los jueces de todas las instancias; las nuevas figuras e instituciones políticas como los institutos electorales; los institutos de transparencia, los nuevos órganos autónomos, etcétera, y desde luego, con lo actuado por los propios gobiernos estatales y el gobierno federal. En este sentido el desencanto es integral y la indignación no reconoce límites.

El país viene de una larga marcha política de reivindicación que en sus diferentes etapas y tiempos ha buscado por diversos medios la construcción de un Estado de derecho. En la segunda mitad del siglo pasado, este esfuerzo se vio reforzado con el propósito de alcanzar una vida democrática que preservara al país del autoritarismo y la exclusión política. En el año 2000, hasta las conciencias más precavidas creyeron que el momento había llegado, y que desde la alternancia se continuaría con una etapa de

⁴ Salazar Ugarte, Pedro, “Desde la transición hasta la crisis: ¿En dónde quedó la democracia?”, en Oropeza García, Arturo, *México 2012: La responsabilidad del porvenir*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 128.

ajuste político donde todo vendría mejor. A la luz de los hechos pareciera que hubo una confusión, en la que se creyó que la democracia era la alternancia y que la alternancia era la democracia; que el proceso en su parte central se había agotado y que habría que sentarse a celebrar la llegada de una sociedad y un gobierno que llegados a la madurez política, sabrían con habilidad y eficiencia hacerse cargo del futuro nacional. Es evidente que hubo una confusión y que después de un esfuerzo de siglos, en la ilusión de la alternancia se creyó que en automático la mayoría de los actores políticos se vestirían de demócratas; cuando la realidad descubrió que si bien había un principio de democracia, no había demócratas. Que lo que había en su lugar eran intereses desbordados a los cuales les importaba poco la democracia y el futuro nacional y que entonces, en medio del agobio, volvía a retarse al país a la *hiperinstitucionalización* de una reforma política infinita, nunca acabada, a la que se le condenaba a vagar eternamente en el reino del presente eterno, en un tiempo que no toca fondo; en un limbo donde habita el privilegio de unos cuantos y no existe la palabra porvenir. Política y gobierno, en un juego de ingenuidades y perversiones, secuestraron al futuro del Estado, declarándolo rehén de un presente que renunciando a su conjugación se niega a concluir.

Como consecuencia de lo anterior, no resulta extraño encontrar a México junto con Guatemala, como los países con más baja satisfacción democrática en América Latina (23%). De igual modo, tampoco sorprende que México le reconozca a la democracia un pobre resultado en la tarea de la justa distribución de la riqueza (23%) y en la protección contra al crimen (29%), o que le tenga poca confianza a su gobierno (31%), encontrándose esta medición solo por arriba de Honduras, la República Dominicana y Guatemala. Los partidos políticos se encuentran en la última escala de su credibilidad (22%). En síntesis, que ante la decepción de la *democracia*, el 36% de la población manifiesta que le da lo mismo un régimen democrático que uno autoritario, y un 14% prefiere este último. (Latinobarómetro, 2011)

En realidad no se necesita recurrir a los datos estadísticos para demostrar el desencanto generalizado con el proceso democrático, basta con percibir el clima de una sociedad que no acaba de entender cómo su sueño se convirtió en pesadilla. Procesos políticos caros, instituciones inoperantes, trabajo legislativo lento, falta de visión de futuro, desarrollismo institucional, desarrollismo jurídico, corrupción e impunidad política, organismos autónomos que no operan, todo ello en el marco de una inseguridad pública geométrica y una insuficiencia económica. Cuando se creyó que ya se había llegado, justo apenas todo comenzaba. *El casca-*

rón institucional de la democracia requería de políticos y de ciudadanos que se convirtieran en demócratas, que aprendieran que la democracia no era mágica y que requería del compromiso y de la cultura política que la hicieran funcionar; que: “La democracia es una idea pero asimismo es una cultura y una práctica, un aprendizaje. Triunfa allí donde se convierte en costumbre y segunda naturaleza”.⁵

Por eso nuestra crisis política todavía no comulga con otras *indignaciones*, a pesar de que en los resultados finales pudiera haber una coincidencia con la insatisfacción. Sin embargo, mientras en otras democracias su problema es la forma de encarar el futuro, en México todavía nos enredamos con los hilos del presente.

En este sentido, la política ha sido uno de los principales enemigos del porvenir. En los hechos, en los últimos tiempos se ha convertido en un obstáculo del futuro nacional. A veces pareciera, por la profundidad de sus expresiones, que la problemática política ha escalado en su descomposición a niveles de un fuerte quebranto ético. Por ello tal vez habría que aceptar que la falla democrática no solo se refiere a la arquitectura institucional; que no solo es un problema de *hardware* democrático. Lamentablemente, junto con ello participa un clima político decadente que nace desde las diferentes fuentes del poder y se expande hacia toda la estructura social, generando un fenómeno de corrosión que lo mismo se encuentra en los núcleos políticos que, a fuerza de tiempo, también ha invadido a una buena parte de los diferentes estratos sociales.

En este breve trabajo no tiene sentido establecer cuál descomposición fue primero, si la política o la social, basta evidenciar que ambas se alimentan en la actualidad de manera simbiótica, dificultando las salidas del futuro del país, convirtiéndose incluso en verdaderos obstáculos para que esto suceda. Innerarity nos recuerda algo que se olvidó en México, que las políticas públicas “también tienen las función de afirmar valores y dar cuerpo a las aspiraciones públicas, de ser vectores de movilización social, de mantener una imagen de la vida buena común, de hacer legible la visión de conjunto, de organizar la compatibilidad y facilitar que las responsabilidades sean todo lo visibles que se pueda”.⁶

La transición, en este sentido, olvidó que el problema de la democracia no era tan solo un problema de estructuras, de *ingeniería* jurídica, que en el marco de una posmodernidad, hipermodernidad, o como vaya finalmente a etiquetarse la desbocada etapa que vivimos, no podía omi-

⁵ Paz, Octavio, *Itinerario*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 270.

⁶ Innerarity, Daniel, *op. cit.*, p. 130.

tirse la inversión en valores sociales. Nadie puede sostener una tesis de moral social rebasada, pero como señala Lipovetsky:

Es verdad que la preocupación ética no se vive ya, como en el pasado, según la lógica del deber y el sacrificio, y que debe pensarse bajo la forma de una moral indolora, optativa, que funcione más movida por emociones que por obligación o por sanción y que se adapte a los nuevos valores de la autonomía individualista. Pero esta fase posmoralista que caracteriza hoy a nuestras sociedades no supone la desaparición de todo valor ético. Aun cuando el sacerdocio del deber y los tabúes victorianos hayan caducado, aparecen nuevas regulaciones, se recomponen prohibiciones, se reinscriben valores que ofrecen la imagen de una sociedad sin relación con la descrita por los despreciadores de la “permisividad generalizada”. La liturgia del deber desgarrador no tiene ya terreno social, pero las costumbres no se hunden en la anarquía; el bienestar y los placeres están magnificados, pero la sociedad civil está ávida de orden y moderación; los derechos subjetivos gobiernan nuestra cultura, pero “no todo está permitido”. “Como se ve, posmoralidad no es sinónimo de inmoralidad”.⁷

La convivencia política se ha enredado en una trampa de presente infinito, en una reforma política eterna, con fuertes aderezos de corrupción y explosiones de inseguridad. Al mismo tiempo, la realidad social transita entre la insatisfacción del trabajo político y su visible corrupción, y tropieza todos los días con los miles de muertos que este vacío ha producido. Una buena parte de la sociedad deambula sin sentido dentro de la competencia de las ocho columnas, entre osamentas que ruedan por doquier. Camina, a veces desolada, una sociedad “no inocente”, que no quiere que llegue la noche porque teme a la oscuridad. Se mezcla, entonces, una perversa combinación de falta de futuro, acompañada por una procesión de ruidos, guarderías incendiadas, secuestros infinitos, desaparición de personas, derechos de piso, impunidad delictiva; los cuales son tan solo algunos de los signos de una preocupación social que no entiende las fronteras académicas entre un Estado de derecho y un Estado fallido. Para ella, ante el pozo de su frustración y frente a la pública expresión de la violencia nacional lo único que sabe es que el Estado, el gobierno en todos sus niveles, le ha fallado en el otorgamiento de sus derechos más antiguos de preservación de su vida y su seguridad.

Bajo este marco general al ciudadano común se le olvida la política y la democracia, y no le queda más espacio que la administración de sus

⁷ Lipovetsky, Gilles, *Los tiempos hipermodernos*, Barcelona, Anagnana, 2008, pp. 40 y 41.

miedos y la sobrevivencia de él y su familia, y cuando le preguntan cuál es su mayor preocupación, responde que la delincuencia y la seguridad pública (39%), y de manera directa denuncia que la democracia no le ha servido para aquello que más le preocupa. Y aquí tampoco importa, salvo para los académicos, cuál fue la bitácora de la desviación de una victoria democrática que se convirtió en derrota; una crisis política que ha llevado al país a una *descivilización* o *despacificación* de la vida nacional; complicando la naturaleza del problema y desde luego su posible solución.

Cada vez que hay una explosión política o de falta de seguridad, se le agrega un nuevo piso al edificio institucional. Sin embargo, el conflicto que se enfrenta ahora no corresponde tan solo a un problema de estructuras o de déficit democrático, es también ya un proceso de descomposición social y política que ha contaminado a una buena parte de la sociedad, el cual no podrá resolverse solo con más alternancia o mejores instituciones. El problema político, ante su falta de solución, escaló a un rango en el cual estamos inaugurando “Una cuarta fase propiamente *descivilizatoria* en la cual se produce una intensificación de la violencia entre los individuos, los grupos sociales, las comunidades y los estados- nación, con el consecuente debilitamiento de la estabilidad y consistencia en las relaciones sociales”.⁸ Lo cual va acompañado del “... colapso de las instituciones públicas, el reemplazamiento del «nido de seguridad social» del estado de bienestar y la agudización de las crisis económicas”.⁹

Pareciera que además de tener un problema político, ahora padecemos también una caída del proceso civilizatorio del país. Mientras se presenciaba la lucha por el poder, en todas sus vertientes, el Estado y la sociedad fueron perdiendo el monopolio de la violencia física. Mientras crecía sin medida la batalla política, una buena parte de una sociedad que no quiso verse ausente fue perdiendo sus atributos de autocontención y corresponsabilidad social, a fin de facilitar su entrada en la lucha por el botín nacional, lucha en la que al final nadie ha ganado, aunque haya ganado mucho, y por el contrario, todos hemos perdido. El problema político escaló a civilizatorio y de ese tamaño tendrán que ser las nuevas respuestas de su posible solución. Los arquitectos del andamiaje político deberán invertir fuertemente en la cultura democrática y autocorrectiva de una sociedad que en buena parte ha cambiado su estatus de fedataria de la descomposición a personaje protagónico de la misma.

⁸ Zabłudovsky, Gina, en Elias Norbert, *El proceso de civilización*, México, Fondo de Cultura Económica, 2011, pp. 22 y 23.

⁹ *Idem.*

Pensamiento de Jorge Carpizo

En este marco de retos y contradicciones del país, el pensamiento de Jorge Carpizo resulta una herramienta invaluable para dilucidar las causas del problema y sus posibles líneas de solución. Carpizo parte, en primer lugar, de la premisa que reconoce que “En nuestros días existen problemas muy graves y serios en México...”,¹⁰ para explicar después que

... las crisis económicas, los grandes rezagos sociales, los problemas acumulados, la inseguridad tremenda a partir de 2006, el desequilibrio entre los poderes durante casi setenta años, la sensación de que el sistema político se modifica con lentitud y no acaba de sacudirse de sus rasgos autoritarios y la idea de que una nueva Constitución podría canalizar el inmenso y creciente descontento y desasosiego sociales, han impulsado a políticos y académicos a proponer diversos cambios constitucionales con la finalidad de propiciar un aceleramiento en el perfeccionamiento de nuestro sistema democrático y, dentro de este esquema, se escuchan voces que consideran que ha llegado el momento de transitar a una nueva Constitución.¹¹

No obstante lo anterior, lejos de caer en la *moda* de ampliar el edificio institucional, Carpizo lanza una voz de mesura para diluir una carrera desenfrenada que sigue zurciendo en los andamios del edificio, sin reparar en lo que hay en los sótanos y en la naturaleza del inquilino. Al respecto señala Carpizo:

En México ha estado de moda, desde 1998, hablar de la reforma del Estado para lo cual los especialistas y no especialistas —todos somos constitucionalistas, yo incluido— hemos propuesto una lista interminable de reformas, muchas de ellas sin meditación suficiente; a veces, las propuestas son de temas que se han escuchado, pero no se conocen con profundidad.

En no pocas ocasiones, esa “moda” ha arrastrado consigo a distinguidos tratadistas. En derecho constitucional, como en tantos aspectos de la existencia, las modas nos convierten en parte de Fuenteovejuna, de un frenesí

¹⁰ Carpizo MacGregor, Jorge “¿Se necesita una nueva Constitución en México?, Algunas reflexiones y seis propuestas”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 24, enero-junio de 2011, p. 160.

¹¹ *Ibidem*, p. 146.

colectivo, parecido a un festival de rock and roll, estrujante, ruidoso y difícil de escuchar. Todos somos parte del espectáculo.¹²

En esta línea de medida destaca su acuerdo con Carla Huerta cuando ésta señala que “...la reforma constitucional se ha trivializado en las últimas décadas y que se quiere superar cualquier desajuste funcional con una reforma constitucional...”.¹³ Sobre lo cual agrega “... no es necesario seguir reformando la Constitución para precisar sus supuestos o adicionar nuevas formas de control, sino que se debe obligar a la autoridad a cumplir con sus deberes constitucionales, para hacer eficaz la Constitución...”.¹⁴ Concluyendo sobre el tema que: “Las respuestas a la falta de ejercicio de las funciones de control son más bien de orden político, que consecuencia de un deficiente diseño institucional”.¹⁵ En este sentido, tanto Carpizo como Huerta marcan una línea entre la necesidad de una reforma institucional útil y la inercia de una “moda” que voluntaria o involuntariamente ha acudido al desarrollismo jurídico institucional para tratar de resolver la ineficacia de un trabajo político, en una ecuación interminable donde al final no habría institución que alcanzara para cubrir el déficit político generado no por la estructura, sino por el usuario de la misma.

Respecto a este *desarrollismo jurídico*, Carpizo ataja con claridad:

Se atribuyen a la Constitución muchos de los males y vicios de la realidad política y social ¿en qué norma se basó la existencia de un partido predominante y que el jefe real de este era el presidente de la República?, ¿en qué norma se basó el fraude electoral?, ¿en qué norma se fundamenta la corrupción y la impunidad que nos corroen?, ¿en qué norma se basó o auspició la destrucción de la moral pública, la virtud cívica y el patriotismo?¹⁶

Sobre lo anterior contesta: “El problema no ha sido ni es la norma constitucional, sino las prácticas y costumbres políticas viciadas y que mayormente se aceptaban sin cuestionarlas, incluso por algunas de las personalidades y grupos que con posterioridad se inconformaron con ellas; antes, ellos formaban parte de ese sistema”.¹⁷ Agregando que:

¹² *Ibidem*, p. 157.

¹³ *Ibidem*, p. 146.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ *Ibidem*, p. 161.

¹⁷ *Idem*.

En muchas ocasiones el problema no es la norma, la reforma o la mutación constitucional que es la adecuada, sino que es un problema de personalidad, de ambiciones, mediocridades y frustraciones. En los últimos dieciocho años muchos nombramientos, sin que sea acertado generalizar, han sido un desastre; pareciera que mientras la estatura profesional, técnica, de carácter, de reconocimiento social, sea más pequeña, entonces es la persona idónea para ocupar la responsabilidad pública. Con posterioridad, los fracasos frecuentes se atribuyen a la Constitución o a la ley, y no al servidor público.¹⁸

La aportación de Carpizo en este campo es relevante porque a través de su figura y sensatez académica ha dado claridad al análisis político, acercándolo a las fuentes originales del presente secuestrado; alejándolo al propio tiempo de las tendencias que han convertido a la búsqueda de la *institución perfecta* en una larga marcha donde el gran culpable de la problemática del país no es la política, ni la sociedad, sino la institución inacabada, que con su imperfección, no permite que el país camine hacia el porvenir. El problema de este último juego de espejos es que, por un lado, aleja al análisis de las fuentes primarias del problema, retrasando con ello su posible solución al orientar la batalla contra molinos de viento que le restan energía y diagnóstico cierto, y por el otro, porque en el polvo que deja la búsqueda desaparecen las culpas y las huellas de los enemigos del futuro, porque se esconden tras los muros de la dialéctica de la institucionalidad insuficiente. Así como se señala que el mercado es *el culpable* de los malos resultados económicos y no los responsables públicos, así las instituciones son las culpables de los malos resultados de la política y no los políticos.

Desde luego que es más fácil seguir acumulando instituciones que entrar de lleno al tema de la ética política. Siempre será más cómodo “inventar” una nueva institución que reemplace a otra, que ver por qué no funciona. También será más “redituable” en términos políticos, colmar al país de cientos de nuevas instituciones que agoten el presupuesto productivo del futuro, que meterse a los cimientos del edificio y arreglar de fondo los desperfectos de la ineficiencia.

La aportación de Carpizo no se conforma con denunciar la falta pública, al vicio político; conocedor del país y su realidad social, también se da cuenta del corrimiento de la descomposición del cuerpo social.

Desde 2000 he venido sosteniendo que la moral pública en México se encuentra enferma o muy deteriorada, que el país está invadido de un cáncer

¹⁸ *Ibidem*, pp. 161 y 162.

agresivo representado en una “quinteta de la muerte” que se compone de poder arbitrario o irresponsable, dinero, corrupción, impunidad y mentiras, que los niños y los jóvenes han crecido viendo y sintiendo que esos elementos son algunas de las coordenadas centrales de la sociedad mexicana, que se puede ser un delincuente, pero si se tiene poder y dinero se gozará de impunidad, y se es un gran señor, aceptado y mimado por todos. Son los ejemplos que conocen y a eso aspiran; ser un señor con poder y dinero, sin importar como se obtengan, ya sea en la actividad política, los negocios, el crimen organizado, dirigencias de organizaciones sociales o religiosas.¹⁹

Respecto de este problema social agrega: “Esta problemática no se supera con una nueva Constitución, sino con la aplicación de la vigente. Es un problema de la realidad, del ambiente cultural, de la pérdida de la virtud cívica, de la falta de voluntad política para aplicar la ley”.²⁰

No solo es la política, la institución, aclara Carpizo, también es una sociedad que de *víctima* ha pasado a ser *cómplice* de la degradación ante la pérdida de la virtud cívica; de la autocoacción, de la ética laica; donde sin ser correcto generalizar, como dice Carpizo, también ya se puede hablar a nivel nacional de una fuerte descomposición de los diversos cuerpos sociales; donde en una franca simbiosis con el factor político, la sociedad tiene un escaso cumplimiento de la ley (5.6% en escala del 1 al 10), porque percibe que el actor que menos cumple la ley es el gobierno (4.8%). Porque el 50% estima que las leyes benefician a los delincuentes, el 35% piensa que si un delincuente tiene dinero podrá ser declarado inocente, que solo el 23% cree que si es acusado de un delito será tratado con justicia por las autoridades; porque solo el 10% considera que las leyes en México se aplican a todos por igual (Parametría, 2006).

Hasta hoy, siempre ha ganado la “astucia” del incumplimiento sobre el desarrollismo institucional. De ahí que Carpizo insista que “la democracia implica la existencia de una moral pública, basada en valores laicos, como son el respeto a la dignidad del otro, la verdad, la honestidad, el ánimo de servicio público”²¹ y reitere que:

La democracia se deteriora grandemente cuando el gobernante miente a los gobernados; confunde los recursos económicos públicos con los privados;

¹⁹ *Ibidem*, pp. 162 y 163.

²⁰ *Idem*.

²¹ Carpizo McGregor, Jorge, *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, México, UNAM, 2007, p. 108.

existe tráfico de influencias de gobernantes y sus familiares; la corrupción y la consiguiente impunidad se convierten en regla; se utiliza el cargo para satisfacción personal, no para servir a la comunidad, o para construir alianzas con los poderes fácticos en beneficio propio, durante o después del ejercicio del cargo; se dejan crecer los problemas para no exponerse políticamente, no se cuidan las instituciones sino a sí mismo; las actitudes cínicas se vuelven cotidianas, se trastocan los valores republicanos por los del dinero y el poder sin sustento jurídico.²²

En relación con esta preocupación de Carpizo agrega Paz: “Si queremos salir del pantano y no hundirnos en el lodazal debemos elaborar pronto una moral y una política”.²³ “A medida que la virtud se debilita —sentencia Paz— crece el río de la sangre”.²⁴

La situación política, económica y social de México ha escalado a niveles preocupantes, en una peligrosa mezcla donde de manera principal hemos perdido el “dominio de nosotros mismos”. Nos faltan mejores instituciones, necesitamos mejorar nuestro potencial democrático; requerimos de una nueva estrategia de desarrollo exitosa y suficiente; pero de manera central, necesitamos recuperar una ética social que permita el renacimiento de un proyecto nacional. Una sociedad que tiene una percepción muy elevada (77%) de la corrupción del gobierno federal; de los políticos (88%), de los diputados (84%), y de sí misma (48%) (*Reforma*, 26-08-13), no es un campo fértil para sembrar reformas estructurales sin que antes no se renueve y oxigene la tierra con los cambios que sugieren Paz y Carpizo. Este desde luego siempre será el camino más difícil, tanto para los teóricos como para los prácticos, ya que la primera derrota de la ética política ha sido su denostación y su expulsión del discurso político. El posmodernismo o el hipermodernismo la han desterrado en aras de un hiperrealismo donde cabe todo, menos la virtud política.

Sobre la preocupación del futuro de la sociedad global, una preocupación de la que todavía no somos contemporáneos, Rifkin señala: “... la cuestión más importante como ya se señaló, a la que se enfrenta la humanidad es si podemos lograr la empatía global a tiempo para salvar la tierra y evitar el derrumbe de la civilización”.²⁵ Parafraseando esta idea, en cuanto al futuro del país diríamos que la cuestión más importante a

²² *Idem.*

²³ Paz, Octavio, *op. cit.*, p. 127.

²⁴ *Ibidem*, p. 132.

²⁵ Rifkin, Jeremy, *La civilización empática*, Barcelona, Paidós, 2010, p. 14.

la que se enfrenta México, es si puede lograr la empatía nacional necesaria para empezar a hurgar en su futuro, o si se queda extraviado en los meandros de su presente.

II

En 1993, en el marco de la instrumentación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), Octavio Paz advertía: “El mercado no tiene dirección: su fin es producir y consumir. Es un mecanismo y los mecanismo son ciegos. Convertir a un mecanismo en el eje y el motor de la sociedad es una gigantesca aberración política y social. El triunfo del mercado es el triunfo del nihilismo. Su resultado está a la vista; la masificación de los individuos y los pueblos”.²⁶ Y para no dejar duda sobre esta visión abundaba: “El mercado es un mecanismo eficaz pero, como todos los mecanismos, no tiene conciencia y tampoco misericordia...”.²⁷ Cuando se le inquiría sobre el nihilismo del mercado, Paz agregaba: “Los antiguos proyectos han desaparecido, han fallado. Hay que pensar todo de nuevo. Y hay que pensarlo entre todos”.²⁸ No obstante contar con ésta y otras advertencias que alertaban de no incurrir en la *aberración política y social* de dejar el futuro económico del país en manos de un “mecanismo ciego” como el mercado, la política nacional hipotecó su responsabilidad en una estrategia ortodoxa del desarrollo y de manera particular, en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

El actual modelo económico de México es parte de un proyecto que a finales de los ochenta se estimó como el más benéfico para el desarrollo del país y el que podría conducirlo a los niveles de bienestar de una nación desarrollada. El TLCAN, pensado a fines de los ochenta e instrumentado a principios de los noventa, se pensó como la columna vertebral de ese impulso hacia el primer mundo; como un paso lógico que se fundamentó en las recomendaciones técnico-dogmáticas de la época (Consenso de Washington) y en la oportunidad geográfica de estar cerca del mercado más grande del mundo. El planteamiento no carecía de lógica, pero en el marco de la euforia de su instrumentación se cayó en la tram-

²⁶ Paz, Octavio, *Itinerario*, cit., p. 235.

²⁷ Santi Enrico, Mario (selección y prólogo), *Luz espejeante: Octavio Paz ante la crítica*, México, Era, 2009, p. 61.

²⁸ Paz, Octavio, *op. cit.*, p. 235.

pa de confundir una parte con el todo, y en convertir a una estrategia pública en un acto de fe que llevó a orientar no solo la vida comercial y económica del país hacia una dependencia del dogma, sino que también contaminó la vida política y la relación internacional de México, haciendo de un simple tratado, por importante que fuera, la piedra filosofal de la cual se debía partir para encontrar las respuestas de nuestra vida económica diaria y de nuestro futuro.

Como consecuencia de lo anterior, la ya histórica dependencia con Estados Unidos se llevó a niveles extremos, donde la capacidad de maniobra del país se vio presa de una inmovilidad que solo respondía a la visión, objetivos o incluso intereses del país norteamericano. La economía, la actividad pública, la política internacional, el comercio, la vida académica, la visión empresarial, etcétera, fueron muchas de las actividades del acontecer nacional que se vieron reducidas a una sola visión y a un solo evangelio en el cual se debían encontrar todas las respuestas. Como todo lo sagrado, si algo no salía bien, no era culpa de las escrituras, sino del que las interpretaba, lo cual lamentablemente sigue siendo *válido* hasta la fecha, y de igual modo, como todo lo sagrado, el TLCAN no se podía tocar, no se podía revisar, porque el que lo hiciera se convertiría en piedra. De este manera, en México, el TLCAN se alejó de su naturaleza original de ser una estrategia complementaria del desarrollo con virtudes y debilidades, en todo momento revisable, para convertirse en un dogma, bajo cuyo halo el país ha tenido que ir sumando año tras año más descabros que beneficios; al mismo tiempo que un mundo global que no existía en 1994 ha ido transformando el entorno, y un socio otrora omnipresente y poderoso con el cual se hipotecó el futuro, hoy lucha en todos sus frentes por rescatar su propia salud económica, política y social.

En esta óptica resulta imposible ver al TLCAN bajo la sola línea del comercio, porque en esta amplia concepción, el TLCAN ha sido la herramienta principal con la que se construyó la visión de un país mejor. Es la estrategia que se siguió para apuntalar un modelo de desarrollo de libre mercado a ultranza, que priorizó al mercado y redujo al Estado a su mínima expresión; es el mecanismo jurídico-comercial a través del cual se apostó por un mayor comercio a fin de lograr resultados económicos y sociales que hicieran de México un país exitoso; fue también, de manera importante, la herramienta que se privilegió frente a otras alternativas para que el país abandonara su zona de subdesarrollo y pobreza y pudiera convertirse en una nación desarrollada. Fue el olvido de un mundo global que tocaba a la puerta, pero al que nunca se le abrió, pensando que la *sociedad comercial* en términos de dependencia con Estados Unidos, a través del TLCAN, nos llevaría a un futuro más próspero.

Aunado a lo anterior, el modelo de desarrollo de México y su política de comercio exterior, basados en la apertura total del mercado nacional y en la firma indiscriminada de tratados de libre comercio (TLC), han tenido como principal error tomar como axioma el fundamento de las tesis neoliberales que establecen que el Estado debería aparecer como un convidado de piedra frente a su acontecer económico y comercial, y que su actividad debería reducirse al papel de un simple facilitador de operaciones. Que a mayor apertura habría de manera automática más desarrollo, y que a mayor número de TLC habría más crecimiento, empleo y bienestar. La consecuencia de apostar a este paradigma, además de no haber generado los resultados esperados, redundó en una serie de limitaciones para la política económica nacional, las cuales han evitado que México pueda tener un mayor margen de maniobra para lograr un mejor desempeño comercial y económico con el mundo.

Una de las consecuencias negativas más relevantes que ha tenido para México el estatus anterior, como ya se apuntó, ha sido el error de confundir su política comercial de apertura y firma de TLC con su modelo integral de desarrollo, y que enredado en este juego de espejos, los últimos veinte años haya renunciado a orientar o a intervenir de manera directa en el comportamiento de su campo, su industria y de sus servicios. Al pensarlo así, al actuar en consecuencia, lo que ha generado es una ausencia de la responsabilidad del Estado en la conducción integral del desarrollo de sus sectores económicos, dejándolos a la fuerza de una corriente ciega e invisible que actores comerciales externos menos ingenuos y más realistas se han encargado de orientar en su favor. Ha originado también que en aras de esta teoría del comercio virginal, año con año se sigan ampliando las facilidades para que ese paradigma de dejar-hacer-dejar-pasar siga floreciendo, en espera de que una *mayor radicalización* de sus postulados logren finalmente obtener los resultados económicos que se pretenden y que no se han obtenido. Ha provocado de igual modo una inexplicable ausencia de culpa sobre la mala conducción económica del país, ya que al confiar sus resultados al *destino* del mercado, si estos no se dan de la manera deseada, no resultan imputables a los actores públicos responsables, sino a las fuerzas endógenas y exógenas económicas que no están operando conforme a lo esperado, o peor aún, a que todavía falta abrir más las puertas económicas del país a fin de que entre el desarrollo. Con base en este modelo económico, se diluye de igual modo el trabajo y la responsabilidad de realizar un ejercicio de prospectiva sobre el futuro respecto de lo que pueda pasar en materia económica y comercial los próximos 10 o 20 años; porque bajo el esquema normativo de apertura

de mercados y de TLC, hay que esperar al final de cada año para saber el resultado de sus designios. Por esta razón, hemos extraviado el porvenir y el país no cuenta actualmente con una brújula o una agenda que pueda decirle cuál será su desarrollo económico y comercial para 2020 o 2030, ni en qué sectores o productos se concentrará el futuro económico-comercial agrícola, industrial o tecnológico del país. Ante estos hechos, pareciera que la economía mexicana no ha logrado reponerse de la última etapa de su desarrollo estabilizador, donde la figura del Estado interventor, al final del periodo, le ocasionó múltiples desastros, y ante este fantasma, olvida el éxito logrado por la fórmula Estado-mercado-sociedad durante la mayor parte de ese lapso, y que por otro lado, la corrección de una mala práctica del Estado en la economía no se resuelve con su ausencia o eliminación, sino con una participación responsable, inteligente y democrática.

México ha apostado su modelo de desarrollo a su política comercial con el exterior y ésta, a su vez, la ha hipotecado con el TLCAN, en una confusión de estrategias donde se ha perdido la claridad de dónde empieza y termina cada una de ellas. Sin embargo, esta confusión ha derivado en una larga autoimposición de limitaciones y de resultados económicos insuficientes que le han restado futuro al país y le han precarizado su presente. Un país que de 1982 a la fecha pierde el 80% de su industria nacional; que carece de actores económicos y de oferta exportable que llevar a otros países; una nación que importa el 80% aproximadamente de los bienes que reexporta; que concentra el 80% de su exportación en un número aproximado de 400 empresas. Un Estado que renuncia a su responsabilidad con sus sectores económicos nacionales, no podrá incrementar su oferta exportable hacia otros mercados. Un país que pierde en su comercio de manera inveterada; que no cuenta con una política industrial; que no la cree necesaria; que no cuenta con una estrategia de mediano y largo plazo para desarrollar a sus empresas y a sus diferentes sectores económicos, no podrá contar con una mayor cantidad de productos que ofrecer a otros mercados. Por el contrario, la facilitación internacional que siga construyendo para el intercambio de bienes, simplemente será una herramienta que como un bumerang se regresará contra sus propios intereses económicos; como ha estado sucediendo en México desde hace más de 20 años, donde se ha estado pagando un costo-país muy alto por construir los puentes antes de tener quien pudiera cruzarlos, o peor aún, al ir aniquilando poco a poco a quienes podían haberlo hecho.

Los resultados económicos y sociales de todo lo anterior, como se sabe, de ninguna manera han sido los esperados, y por otro lado, los costos in-

ternos y externos de apostar el futuro del país a una paradigma que se ha vuelto sagrado e insuficiente, han sido superiores en términos de pobreza (45%), pérdida de la industria nacional (80%), desempleo (8.7 millones de empleos no creados de 1993 a 2010), informalidad (65%), migración (6 millones de personas de 2000 a 2010), bajo salario (pérdida del 34% del poder adquisitivo de 1995 a 2008); fenómenos y consecuencias de las cuales no puede hablarse por separado (INEGI, ENOE, CONEVAL, COMCE, Calva, 2010). Por otro lado, si bien al TLCAN no pueden atribuírsele de manera directa todos los descalabros, la matriz TLCAN que se integra con el modelo de desarrollo y la estrategia comercial del país sí lo son, en la medida que han confundido a este Tratado de manera equivocada con una política integral de crecimiento de naturaleza inmutable; a la que, no obstante la clara prueba de la insuficiencia de sus resultados, y de la pérdida de vigencia de sus postulados, al día de hoy se sigue con el proyecto de llevarla hasta sus últimas consecuencias en un arrebató dogmático irresponsable al que no le importa seguir sacrificando a los actores e intereses nacionales; en el marco de un *éxito* que paradójicamente ha convertido al país en un *gran* exportador de importaciones.

III

El hueco dejado por la imaginación del futuro, nos vuelve a recordar Innerarity, lo ha llenado la preocupación del instante; donde no se prepara el futuro, la política se limita a tramitar el presente; agregando que en una inercia contemporánea, la adaptación incesante al cambio que se nos exige, se vive conforme a una lógica de la supervivencia y no de la esperanza.²⁹ De manera enfática sobre las consecuencias de no administrar el futuro adecuadamente agrega: “Hipotecamos socialmente el tiempo futuro y ejercemos sobre las generaciones venideras una verdadera expropiación temporal”, sentenciando al final: “Hemos convertido al futuro en el basurero del presente”.³⁰

En el caso de México, como ya se señaló, la inmediatez de sus preocupaciones políticas, económicas y sociales no le han dado la oportunidad de ocuparse de su porvenir. En el agobio del día a día, se vive una impro-

²⁹ Innerarity, Daniel, *op. cit.*, p. 15.

³⁰ *Ibidem*, 1a. de forros.

visada e insuficiente gestión de sus problemas actuales y un olvido de su tiempo futuro.

Cada día mueren en el país 23 personas a causa de la desnutrición y otras deficiencias nutricionales (Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 2011); de 2010 a 2012 se agregaron medio millón de personas a la línea de pobreza, para sumar un total de 53.3 millones de pobres (45.5%), con el agravante que otro 34.8% de la población está ubicada en la línea de vulnerabilidad, es decir, que son fuertes candidatos para integrarse a la pobreza nacional (Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, CONEVAL); los jóvenes entre 15 y 29 años que no tienen trabajo ni escuela (ninis), según la OCDE, de un 20% en 2011, para la evaluación de 2012 subieron al 24.4%; de 2008 a 2012, el salario medio real cayó 0.15% anual promedio (CEPAL), lo cual se sumó a su pérdida acumulada del 75% de 1980 a 2010 (Calva, 2012); en los últimos años, 2 de cada 3 empleos que se generan van al mercado informal, el cual se ha convertido en el almacén donde se acumulan los *sobrantes* de un modelo económico insuficiente, que ya ha generado que el 65% de la Población Económicamente Activa (29.8 millones de personas) encuentre en este sector una respuesta parcial a sus necesidades (A regional 2012).

Lo anterior no nos habla de falta de futuro; nos evidencia la ausencia de un presente adecuado para millones de mexicanos. Desde luego que hay un mérito rescatable y encomiable, así como un avance en todos los terrenos que no puede negarse. El problema es que no es suficiente, y al día de hoy tampoco resulta útil para justificarle a las miles de víctimas de la inseguridad la naturaleza de su tragedia, ni a los millones de pobres las causas de su deterioro. Mientras no se recuperen los mínimos sustentables, la política, el Estado y la sociedad civil no tendrán lugar para la autocomplacencia ni para el reposo.

Cuando en algún momento nos liberemos del secuestro de nuestro presente y tengamos la oportunidad de atisbar al futuro, muy probablemente nos daremos cuenta de lo delicado de la falta de nuestra anticipación. Cuando seamos contemporáneos a otras naciones, ya no en los niveles de desarrollo, sino en la toma de conciencia del tiempo futuro, apreciaremos con no poca sorpresa lo valioso del tiempo perdido en la construcción de ese puente sólido que pudiera conducir al país entre las antípodas de su presente y su futuro; el cual, a lo largo del siglo XXI no será un camino fácil ni amable.

El tiempo apremia, dice Bauman, al mismo tiempo que prefigura algunas líneas no muy alegres de los retos del porvenir:

... a nuestros jóvenes les espera un brusco despertar...³¹ El mundo de severas y rigurosas condiciones, de escasez y de austeridad forzada, de tiempos turbulentos en los que ‘abandonar’ no es una solución posible, es para la gran mayoría de estos jóvenes un lugar completamente extraño; un lugar en el que jamás habían estado, o tal vez donde habían estado pero en el que nunca se habían planteado, seriamente establecerse, un lugar completamente misterioso al que solo podrían acostumbrarse mediante un prolongado aprendizaje duro y penoso. Está por ver cómo superará esta prueba la generación y...³²

Ante el futuro incierto, Bauman nos deja la interrogante como respuesta, sugiriendo que en la agenda del porvenir no bastará resolver el desarrollo y el bienestar, sino que también habrá que atender a la propia sobrevivencia. Amenazas ambientales, desastres naturales, *excedentes* demográficos, altos niveles de pobreza mundial, poblaciones envejecidas, escasez de recursos naturales como el petróleo, gas y agua; altas concentraciones del ingreso global, alto nivel del pago de pensiones, desarrollo tecnológico, la crisis de los sistemas morales y políticos, son tan solo algunos de los temas de un futuro adelantado que todavía no forman parte de la agenda de México, porque los hacedores de política siguen enredados con la madeja del presente eterno.

El reconocimiento de nuestros pasivos, lejos de ser un ejercicio inútil o desmotivante, seguirá siendo una condición necesaria para correr la cortina del presente y poder asomarnos al futuro que viene. La condescendencia de nuestras limitaciones políticas, jurídicas, económicas o sociales, en este sentido, no resulta útil para enfrentar los retos del porvenir. Como señala Gray, citando a Ashbeny: “Lo incurable no es nuestra ignorancia del futuro, sino nuestra incapacidad para comprender el presente”.³³

BIBLIOGRAFÍA

- BAUMAN, Zygmunt, *El tiempo apremia*, Barcelona, Arcadia, 2010.
CARPIZO MCGREGOR, Jorge, “¿Se necesita una nueva constitución en México?, Algunas reflexiones y seis propuestas”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 24, enero-junio de 2011.

³¹ Bauman, Zygmunt, *El tiempo apremia*, Barcelona, Arcadia, 2010, p. 312.

³² *Idem.*

³³ Gray, John, *Contra el progreso y otras ilusiones*, Barcelona, Paidós, 2006, p. 27.

- , *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, México, UNAM, 2007.
- ELIAS, Norbert, *El proceso de civilización*, México, Fondo de Cultura Económica, 2011.
- GRAY, John, *Contra el progreso y otras ilusiones*, Barcelona, Paidós, 2006.
- INNERARITI, Daniel, *El futuro y sus enemigos*, Paidós, 2009.
- LIPOVETSKY, Gilles, *Los tiempos hipermodernos*, Barcelona, AnagraMa, 2008.
- OROPEZA GARCÍA, Arturo, *México 2012: La responsabilidad del porvenir*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.
- PAZ, Octavio, *El laberinto de la soledad, Posdata, Vuelta al laberinto de la soledad*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- , *Itinerario*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- RIFKIN, Jeremy, *La civilización empática*, Barcelona, Paidós, 2010.
- SANTI, Enrico Mario (selección y prólogo), *Luz espejeante: Octavio Paz ante la crítica*, México, Era, 2009.

EL CONSTITUCIONALISMO DE LA CRISIS Y LA CRISIS DEL CONSTITUCIONALISMO: NOTAS SOBRE EL CASO ESPAÑOL

Gerardo PISARELLO*

SUMARIO: I. *El momento original: un proceso constituyente tutelado.* II. *Una Constitución abierta pero condicionada.* III. *Bipartidismo imperfecto, integración europea y progresivo cierre constitucional.* IV. *La reforma del artículo 135: una iniciativa deconstituyente fulminante.* V. *Resistencia constitucional, reforma y nuevos impulsos constituyentes.*

Durante décadas, la experiencia constitucional española fue una referencia obligada para procesos constituyentes o de reforma constitucional en diferentes latitudes, comenzando por América Latina. El cambio político y jurídico que condujo a la Constitución de 1978 era presentado como ejemplo de una transición virtuosa, pactada, que marcaba un rumbo constitucional digno de imitación. El diseño institucional, la apuesta por una “economía de mercado” capaz de incorporar algunos contrapesos sociales, la jurisprudencia de Tribunal Constitucional, eran objeto de seguimiento e incluso de importación en los contextos más variados.

En los últimos años, este efecto emulador ha perdido pujanza. La penetración del constitucionalismo neoliberal al interior del orden constitucional español ha sido tan vertiginosa que ha puesto en cuestión sus fundamentos básicos, no solo en términos sociales o democráticos, sino también desde el punto de vista de su capacidad reguladora de la realidad. En parte, los cuestionamientos de la experiencia española ya comenzaron a despuntar con la irrupción de nuevos procesos constituyentes en diversos países de América Latina. Dichos procesos contribuyeron a hacer visible la existencia de concepciones alternativas al canon constitucional consagrado en 1978. A diferencia de lo que ocurría en Europa, estos nuevos procesos constituyentes propiciaban una extensión significativa de los mecanismos de participación ciudadana, una mejor tutela de los derechos sociales o el establecimiento, simplemente de cláusulas

* Profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Barcelona.

de protección frente a la privatización de servicios básicos como el agua o la atención sanitaria. Esta contraposición entre un constitucionalismo del norte, cada vez más semántico, y un constitucionalismo del sur con nuevas aspiraciones normativas tuvo diferentes efectos.¹ Pero uno de los más significativos fue permitir un debate más amplio sobre las sombras y luces del régimen surgido de la transición de la dictadura franquista a la monarquía parlamentaria.²

Sería el estallido de la crisis financiero-inmobiliaria de 2008 y la aparición de movimientos de protesta como el de los “indignados e indignadas”, en todo el Estado, o como el soberanista, en Cataluña, el País Vasco, Galicia y otros territorios, lo que precipitaría la erosión del “sentimiento constitucional”. Las razones de este desencanto son múltiples, pero sin duda aparecen espoleadas por la recesión y la exacerbación de las restricciones de derechos. En poco tiempo, se han multiplicado las voces que denuncian el vaciamiento de los elementos más sociales de la Constitución, sobre todo tras la reforma del artículo 135, que otorga “prioridad absoluta” al pago de la deuda pública sobre otros objetivos constitucionales. También han crecido aquellas que, en ámbitos como el de la organización territorial, decretan, tras la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Cataluña,³ el fin de la Constitución abierta y el estrechamiento irreversible de los márgenes para lecturas más flexibles del texto vigente. Esta sensación de agotamiento del “consenso constitucional” ha dado alas a algunas propuestas de reforma y, sobre todo, ha devuelto actualidad a la demanda de un nuevo proceso constituyente capaz de superar los límites del régimen político-económico construido a lo largo de los últimos 35 años.⁴

¹ Esta distinción entre un constitucionalismo del norte, crecientemente semántico, y un constitucionalismo del sur, tendencialmente normativo, puede encontrarse en Carlos de Cabo, *Teoría constitucional de la solidaridad*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 13.

² En ocasión del vigésimo quinto aniversario de la Constitución de 1978, se publicó un volumen crítico al respecto, coordinado por J. R. Capella, bajo el título *Las sombras del sistema constitucional español*, Madrid, Trotta, 2003. Sobre la necesidad de superar ese marco constitucional a través de una reforma amplia giró la reflexión de autores como Carlos de Cabo en *La reforma constitucional*, Madrid, Trotta, 2003. De manera más reciente, y ya en clave de ruptura constituyente, puede verse, varios autores, *Por una Asamblea Constituyente*, Madrid, Sequitur, 2012.

³ La Sentencia 31/2010, de 28 de junio

⁴ Véase, desde diferentes perspectivas, Pastor, Jaime “Crisis de régimen y refundación (im)posible”, *Viento Sur*, núm. 128, 2013, pp. 17 y ss.; Rodríguez, Emmanuel *Hipótesis democracia. Quince tesis para la revolución anunciada*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2013, especialmente pp. 231 y ss. y 281 y ss.; Roca, J. M., *La oxidada transición*, Madrid, La Linterna Sorda, 2013.

I. EL MOMENTO ORIGINAL: UN PROCESO CONSTITUYENTE TUTELADO

Una de las consecuencias más visibles de la desafección constitucional actual ha sido la recuperación, simultánea, de las lecturas críticas del proceso constituyente de 1977-1978. La idea de que se trataba de un proceso inevitable, que había conducido al mejor de los resultados posibles, ha ido cediendo a una reflexión más ponderada, que incide en zonas de sombra tradicionalmente minimizadas.

Desde una perspectiva estática, una Constitución podría verse como una foto fija. Como el reflejo de las relaciones de poder políticas, sociales y económicas existentes en un momento dado. Esta aproximación puede ser útil para evaluar el resultado de un proceso constituyente históricamente datado. Pero no sirve para comprender su decurso posterior. Desde una perspectiva dinámica, en efecto, el análisis de una Constitución no puede limitarse a la descripción de su contenido en un momento determinado. Debe incluir, además, la interpretación y aplicación que de los mismos se hace en el tiempo. Bajo esta luz, más que el texto constitucional, lo que cobra relevancia es el régimen constitucional. Que incluye a la Constitución, pero también a lo que se ha hecho de ella, abriendo o cerrando, a veces de modo casi irrevocable, las posibilidades de desarrollos alternativos.

Sería inexacto sostener que el régimen constitucional actual se encuentra ya prefigurado en el texto original de 1978. Por el contrario, es innegable que aquel presentaba elementos de apertura e indefinición que autorizaban concreciones diferentes a las que luego tendrían lugar. Con todo, no es menos cierto que en 1978, e incluso antes de la redacción de la Constitución, se aprobaron normas y se adoptaron decisiones políticas y económicas que condicionarían de manera decisiva el devenir constitucional futuro. La Constitución fijó algunos desarrollos garantistas y dejó otros abiertos. Pero consagró algunos cepos que atenzarían de forma decisiva las posibilidades de democratización futura.

Si se contempla en el momento de su gestación, la Constitución Española aparece como el producto de la presión social, política y sindical, ejercida contra la dictadura franquista, pero también de una adhesión casi forzosa a las condiciones impuestas por los sectores duros y moderados del antiguo régimen. Desde esta perspectiva, el proceso constituyente que dio lugar al texto de 1978 aparece como un proceso tutelado y limitadamente democrático.

La transición política iniciada con la muerte de Francisco Franco se gestó entre élites. Pero fue la movilización popular en la calle y en los

centros de trabajo, especialmente entre 1976 y 1977, la que frustró la intención de prolongar la dictadura bajo otras formas, pero con muy pocos cambios, como pretendía el primer gobierno de la Monarquía, presidido por Carlos Arias Navarro.⁵ Esta presión no consiguió imponer una ruptura institucional con la dictadura, como había ocurrido durante la II República española, con la República italiana, después de la posguerra, o con la República portuguesa, tras la revolución de los claveles. Pero al menos forzó al régimen a diseñar una estrategia de autorreforma que lo obligó a ampliar algunas libertades.

Esta estrategia de autotransformación selectiva tuvo su plasmación jurídica más acabada en la Ley para la Reforma Política, de enero de 1977, impulsada por Adolfo Suárez. Concebida como la octava ley fundamental del régimen, la Ley para la Reforma Política fue un puente entre la legalidad de la dictadura y el nuevo proceso constituyente, al que condicionó en aspectos decisivos.⁶ Era una norma deliberadamente breve, que carecía de disposición derogatoria alguna, lo cual delataba su voluntad de no romper formalmente con la legalidad anterior.⁷ Perseguía, en lo esencial, un triple objetivo: modificar el proceso legislativo, prever diferentes vías (controladas) de reforma constitucional, y ampliar la base de legitimación del sistema político. Para alcanzar estos propósitos, se reemplazaban las cortes franquistas por unas cortes bicamerales, integradas por un Congreso de los Diputados y un Senado. Estas cortes serían elegidas mediante sufragio universal y secreto y se les reconocería la iniciativa de “reforma constitucional”.

Era una cuña democratizadora, pero no implicaba una alteración significativa del sistema político. La creación del Senado, atípica en esta primera etapa de iniciación democrática, fue un requisito indispensable para que las cortes franquistas, aun plenamente legales, aceptaran votar su propia desaparición. Elegido por un sistema de listas y representación

⁵ Entre 1976 y 1977, las manifestaciones políticas menudearon en las grandes ciudades. En el País Vasco hubo trece huelgas generales antirrepresivas. En Sabadell y el Bajo Llobregat, en Cataluña, también tuvieron lugar grandes huelgas generales, y en Barcelona, en 1976, hubo dos grandes manifestaciones reclamando libertad, amnistía y autonomía. Véase al respecto, Domènech, Xavier *Cambio político y movimiento obrero bajo el franquismo. Lucha de clases, dictadura y democracia (1939-1977)*, Barcelona, Icaria, 2012.

⁶ Algunos autores, como P. Lucas Verdú, la catalogaron como una ley “estrábica”: por un lado, atendía a la estructura franquista; por otro, a las demandas de cambio. Así, en *La octava Ley Fundamental. Crítica jurídico-política de la Reforma Suárez*, Madrid, Tecnos, 1976, p. 60.

⁷ Esto fue tempranamente puesto de manifiesto por autores como L. Sánchez Agesta, *El sistema político de la Constitución española de 1978*, Madrid, E. Nacional, 1980, p. 41.

territorial distintos al establecido para el Congreso, el Senado se configuró como una “segunda línea de resistencia moderada”, en caso de que las elecciones favorecieran a una izquierda demasiado beligerante en el Congreso. Y lo mismo ocurría con la quinta parte de senadores que el rey podía designar libremente, y que llegado el caso podían inclinar la balanza en el sentido adecuado.⁸ En este contexto, el nuevo Congreso de los Diputados podía impulsar una “reforma constitucional”. Pero también podían hacerlo, llegado el caso, el gobierno o el propio rey, quien además de designar una parte de los senadores podía llegar a disolver las cortes si la reforma constitucional no fuese de su agrado, apoyándose para ello en un plebiscito.⁹

Esta vía reformista limitada recibió el visto bueno de más de dos tercios de las cortes franquistas. De inmediato, fue sometida a un referéndum que la oposición al régimen, todavía desorganizada e ilegalizada, no pudo rechazar abiertamente.¹⁰ Esta debilidad de la oposición permitió al gobierno controlar el resto de pasos que conducirían a la apertura del proceso constituyente. En medio de un clima marcado por la persistencia de la violencia política, se fueron reconociendo paulatinamente algunas libertades de asociación y sindicales.¹¹ Los partidos políticos de oposición también fueron legalizados de manera progresiva y restrictiva.¹² El Partido Comunista, que había mantenido un papel importante durante la

⁸ Gallego-Díaz, Soledad y Cuadra, Bonifacio de la, *Crónica secreta de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 25 y ss.

⁹ Uno de los propósitos del referéndum era otorgar legitimidad popular a la jefatura de Estado heredada de Franco. Esto incluía el reconocimiento al Rey de un singular poder constituyente que le permitía promover una reforma total de las Leyes Fundamentales con el apoyo plebiscitario del pueblo, obligando a los demás órganos del Estado, Cortes incluidas, a aceptar dicha reforma.

¹⁰ Con un 77.4% de participación, la reforma política fue aprobada por un 94% de los votos.

¹¹ El derecho de huelga se reconoció mediante el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, de relaciones de trabajo, junto con otras medidas de conflicto colectivo. El derecho de sindicación, por su parte, se estableció en la Ley 19/1977, del 10. de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical, cuyo primer artículo reconocía el derecho tanto a los trabajadores como a los empresarios de creación de “asociaciones profesionales”. Finalmente, la libertad de expresión se reconoció explícitamente en el Real Decreto-Ley 24/1977, de 1 de abril, en el que se despenalizaban, además, conductas relacionadas con la difusión de informaciones.

¹² Así, mediante la Ley 21/1976 y, sobre todo, a través del Real Decreto Ley 12/1977. A esta legalización de los partidos de oposición debe agregarse la desaparición del Movimiento —denominación que recibía el partido único del régimen franquista—, en virtud de la aprobación del Real Decreto 23/1977.

lucha antifranquista, fue legalizado con la aceptación reticente del Ejército y tras la inhibición del Tribunal Supremo respecto del expediente de legalización. A cambio de ello, su dirigencia aceptó la Monarquía y la “unidad de la Patria”, y renunció a algunas de sus señas de identidad, como la bandera republicana. Otras fuerzas, situadas a su izquierda o consideradas republicanas o separatistas, ni siquiera pudieron concurrir abiertamente a las primeras elecciones. El otro gran condicionante del proceso constituyente posterior, de hecho, fue la legislación electoral impulsada por el gobierno de Suárez mediante decreto ley.¹³ Esta normativa, que se mantendría en lo esencial tras la aprobación de la Constitución, preveía un Congreso con un reducido número de diputados en relación con los electoralmente censados, elegido a través de un sistema débilmente proporcional y mediante listas cerradas y bloqueadas. El Senado, por su parte, era elegido a través de un sistema electoral mayoritario. En conjunto, se trataba de una ley electoral que sobrerrepresentaba de forma clara a las pequeñas provincias rurales, tradicionalmente más conservadoras, y que favorecía, a través del sistema D'Hont, una suerte de bipartidismo imperfecto, distorsionando la proporcionalidad en beneficio de los grandes partidos.¹⁴

Las primeras elecciones generales, de julio de 1977, estuvieron fuertemente condicionadas por este marco. Muchas corrientes políticas, hasta entonces clandestinas o perseguidas, salieron a la luz. No todas, sin embargo, fueron tratadas del mismo modo por el régimen ni contaron con las mismas posibilidades de financiamiento y de apoyos internacionales.¹⁵ Al final, el sistema electoral redujo de forma extraordinaria la representación parlamentaria y favoreció claramente al partido de gobierno. En las elecciones al Congreso de Diputados, UCD obtuvo 166 escaños. El PSOE y Socialistas de Cataluña, 118; el Partido de Comunistas de España (PCE) y el Partit Socialista Unificat de Cataluña (PSUC), 19, y Alianza Popular, 18.

¹³ Real Decreto-Ley 207/1977, de 18 de marzo.

¹⁴ Sobre el sistema electoral y sus efectos en el sistema de partidos puede verse, entre otros, Capo Giol, J., “Sistema electoral y sistema de partidos en España”, *Temas para el Debate*, núm. 18, Madrid, 1996, pp. 33-38, y Ramiro, L. “Del privilegio constitucional de los partidos a la promoción del multipartidismo moderado”, en Capella, J. R. (ed.), *Las sombras del sistema constitucional*, cit., pp. 107 y ss.

¹⁵ Esto fue especialmente llamativo en el trato dado al Partido Socialista Obrero Español (PSOE), por un lado, y al Partido Comunista y a las fuerzas situadas a su izquierda, por otro. La legalización del primero no generó reticencia alguna entre las fuerzas del antiguo régimen. Y su crecimiento contó con un fuerte apoyo, político y económico, de la socialdemocracia europea (comenzando, sintomáticamente, por la alemana). Véase, al respecto, Capella, J. R., “La Constitución tácita”, cit., p. 24.

En un primer momento, el gobierno sugirió que sería él mismo quien presentaría al Congreso un proyecto de Constitución preparado por un grupo de expertos. También se barajó la posibilidad de ir reformando materias constitucionales concretas, para no alargar en exceso el proceso constituyente. La oposición rechazó esta posibilidad. Al final, el gobierno se avino, sin riesgo excesivo, a aceptar que el proyecto de nueva Constitución partiera del propio Congreso, fuera discutido por el Senado, y luego sometido a referéndum.

El carácter constituyente de las cortes escogidas en 1977 fue, así, sobrevenido, ya que las elecciones generales de las que habían surgido no habían sido convocadas con esa finalidad específica. Constituyente, en todo caso, no quería decir rupturista. Frente a la concepción democrática clásica de una Asamblea constituyente unicameral elegida para elaborar la Constitución, lo que se había impuesto eran unas cortes bicamerales, dominadas por los sectores vinculados al antiguo régimen, que no se limitarían a redactar el texto constitucional, para luego disolverse, sino que realizarían también tareas de legislación ordinaria. Su impulso transformador, por tanto, siempre podría ser frenado, bien en el Senado, bien mediante decisiones adoptadas en su calidad simultánea de legislador ordinario. Esto fue, de hecho, lo que ocurrió a lo largo del proceso. Tras la aprobación del Reglamento provisional del Congreso de los Diputados, se creó una Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, encargada de presentar al Congreso un proyecto de Constitución. Esta Comisión nombró una Ponencia integrada por siete miembros (3 de UCD, 1 del PSOE, 1 del PCE-PSUC, 1 por la Minoría Catalana y 1 por Alianza Popular), encargada de elaborar un primer proyecto de Constitución. Cuando el anteproyecto elaborado por la Ponencia se discutió en Comisión, primero, y luego en el pleno del Congreso, los grupos de derecha (UCD y Alianza Popular) impusieron su “mayoría mecánica” en diversas votaciones. Algo similar ocurrió en el Senado, donde fue UCD quien encabezó las enmiendas presentadas al proyecto salido del Congreso de los Diputados. A resultas de todo ello, entre el anteproyecto inicial elaborado por la ponencia parlamentaria, y el texto finalmente aprobado, había diferencias sustanciales. El último reflejaba una cierta depuración jurídica y mejoras técnicas concretas. En el camino, sin embargo, habían quedado propuestas y enmiendas que prefiguraban un marco más democratizador y garantista.¹⁶

¹⁶ Para una comparación entre ambos textos, se puede consultar, Gallego-Díaz, Soledad y Cuadra, Bonifacio de la, *Crónica secreta de la Constitución*, cit., pp. 197 y ss.

El nuevo poder constituyente, en realidad, había nacido condicionado por los viejos poderes constituidos y por la propia presión internacional, lo cual redujo notablemente sus posibilidades rupturistas.¹⁷ Desde un primer momento, los Estados Unidos habían decidido la necesidad de que el relevo de Franco se produjera a través de una “transición pacífica y ordenada” a la monarquía parlamentaria. Esta transición debía evitar una salida rupturista a la portuguesa, y para ello, debía apoyarse en dos grandes partidos, uno más conservador y otro más progresista, dispuestos a consensuar un régimen moderadamente democrático, que no rompiera amarras con el anterior.¹⁸

A diferencia de otros procesos constituyentes antifascistas, no hubo, en el caso español, ni un gobierno provisional, elegido por las nuevas cortes, ni la instauración de un clima de amplias libertades civiles.¹⁹ Muchas de las instituciones de la dictadura continuaron funcionando con normalidad, lo mismo que los principales grupos económicos que le prestaron apoyo. Las discusiones en torno a la “Constitución expresa” vinieron condicionadas por una “Constitución tácita” en la que el Ejército, la Iglesia y algunos grandes grupos económicos, además del gobierno y de los partidos legalizados, se reservaron un papel determinante.²⁰ Sometido a referéndum ratificatorio, el proyecto constitucional obtuvo una alta aceptación, pero menos votos afirmativos que la Ley para la Reforma Política y muchos más en contra. Y en algunos territorios, como el País Vasco, la abstención alcanzó al 55.30% del censo.²¹

¹⁷ Insiste en este punto Diego, M. Criado de, “El proceso constituyente español de 1977-1978: un marco político insuficiente en la actualidad”, en *Por una Asamblea Constituyente*, cit., pp. 49 y ss.

¹⁸ Cfr. Garcés, Joan, *Soberanos e intervenidos*, Madrid, Siglo XXI, 2000, especialmente los capítulos 2 y 4.

¹⁹ La transición de la dictadura a la monarquía parlamentaria estuvo atravesada por la prohibición de actos públicos, el secuestro de publicaciones y la imposición de multas a periodistas. Tampoco faltaron las detenciones de miembros de la oposición y la represión policial sobre la movilización social, con un saldo de más de 500 víctimas mortales. A los atentados y secuestros de organizaciones como ETA y los GRAPO, hay que agregar los de la extrema derecha y los protagonizados por los miembros de los cuerpos de seguridad que actuaron al margen de la ley (los llamados “incontrolados”). Véase al respecto, Sánchez Soler, Mariano, *La transición sangrienta: una historia violenta del proceso democrático en España 1975-1983*, Barcelona, Península, 2010.

²⁰ Véase Capella, J. R., “La Constitución tácita”, en Capella, J. R. (ed.), *Las sombras del sistema...*, cit., p. 31.

²¹ El voto “sí”, en realidad, llegó a poco más del 30% del censo (frente al 59% a escala estatal). La abstención, defendida por el PNV, alcanzó el 59% en Guipúzcoa y Vizcaya; el 46% en Álava, y el 38% en Navarra. La izquierda abertzale y la radical de

II. UNA CONSTITUCIÓN ABIERTA PERO CONDICIONADA

Las limitaciones de este proceso constituyente tutelado se hicieron sentir, naturalmente, en el marco constitucional finalmente aprobado. El texto de 1978 derogaba explícitamente la Ley para la Reforma Política así como el resto de leyes fundamentales del franquismo. El problema venía dado por el apartado tercero de la cláusula derogatoria, referido a “cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución”. Este enunciado venía a plantear, entre otras cuestiones, la de la vigencia o no de la llamada legislación preconstitucional. Problema que el Tribunal Constitucional intentaría abordar en una temprana sentencia del 28 de julio de 1981, en la que recordaba que la promulgación de la Constitución no implica, *per se*, la ruptura de la continuidad del ordenamiento jurídico preconstitucional más que con respecto a aquellas normas que no puedan ser interpretadas conforme a la Constitución.

En realidad, estaba claro que la Constitución solo representaba una ruptura parcial respecto del régimen franquista. No solo por lo que no derogaba, sino por las opciones constituyentes por las que ella misma se decantaba. Una de ellas fue la intangibilidad de la monarquía. Ni la forma monárquica de la jefatura del Estado pergeñada en la Ley de Sucesión de 1947, ni el titular de la Corona instaurado por Franco, encontraron escollos de consideración. Ello no impidió que, a lo largo de los debates constitucionales, pudiera hacerse sentir la oposición de varios diputados y senadores sinceramente republicanos.²² Fuera de estos casos aislados, la izquierda tradicionalmente republicana se dividió entre quienes, como los comunistas, aceptaron con pragmatismo, desde el principio, la monarquía, y quienes, como los socialistas, exhibieron durante parte del proceso constituyente una actitud testimonial favorable a la forma republicana, para terminar aceptando *democráticamente* la monarquía.²³

ámbito estatal llamaron a votar “No”. Véase Pastor, J., *Los nacionalismos, el Estado español y la izquierda*, Madrid, Viento Sur, 2012, p. 124.

²² Entre los que destacó, por su elocuencia, el diputado de Esquerra Republicana de Catalunya, Heribert Barrera. Ya en el Senado, la posición republicana fue defendida por senadores como Rosend Audet, el guipuzcoano Juan María Bandrés o Lluís Xirinacs, quien pidió un referéndum sobre la Monarquía, una vez rechazada su propuesta de constitucionalizar una “República confederal”. Sobre las múltiples enmiendas democratizadoras de Xirinacs al texto constitucional, tiene interés consultar su *Constitución. Paquete de enmiendas*, Madrid, Edipress, 1978.

²³ Gallego-Díaz, Soledad y Cuadra, Bonifacio de la, *Crónica secreta de la Constitución*, cit., p. 97.

Al final, el artículo 1.3 consagró la monarquía parlamentaria como “forma política del Estado”. Esta fórmula transmitía la idea de un monarca con funciones meramente simbólicas y honoríficas, cuyos actos jurídicos debían ser refrendados. Sin embargo, este estatuto no impediría que las facultades de moderación y de arbitraje institucional que también se le reconocían dieran paso a intervenciones con un sentido político claro.²⁴ Todo ello a partir de un estatuto que garantizaba al rey inviolabilidad e irresponsabilidad plenas, que blindaba a la Corona frente a eventuales reformas constitucionales y que le otorgaría, con el tiempo, una protección criminal excesivamente lesiva para la libertad de crítica.²⁵

Otras de las cuestiones centrales que marcaron los debates constituyentes fue la relación entre la Iglesia católica y el Estado. Esta relación ya vino marcada, en parte, por el concordato entre la Iglesia y el Estado español firmado en 1976. En el primer borrador de Anteproyecto de Constitución elaborado por la Ponencia, se consignó que “El Estado español no es confesional” (artículo 3o.). Con ello, se determinaba una separación clara entre Iglesia y Estado, que sin embargo no llegaba al laicismo de la Constitución republicana de 1931 (que preveía, entre otras cuestiones, la disolución de las órdenes religiosas con voto de obediencia a autoridad distinta a la del Estado español). Esta redacción provocó una fuerte reacción oficial de la jerarquía de la Iglesia católica. Finalmente, la mención explícita de aconfesionalidad dio paso a otra más diluida, en la que se sostenía que “ninguna confesión tendrá carácter estatal”, y en la que se estipulaba que los poderes públicos “mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y demás confesiones” (artículo 16.3). El otro gran frente de batalla en materia religiosa tuvo que ver con la obligación del Estado a garantizar el derecho de los padres a elegir el

²⁴ El rey tuvo un papel más que simbólico, y no del todo aclarado, por ejemplo, en el golpe de Estado de febrero de 1981. También fue más allá de sus funciones simbólicas en materia de política internacional cuando en noviembre de 2007 mando “callar” al entonces presidente venezolano, Hugo Chávez, y se retiró de la 17ª Cumbre Iberoamericana, en Chile (véase *El País*, Madrid, 11 de noviembre de 2007) O cuando intercedió ante el presidente Rodríguez Zapatero para que la petrolera rusa Lukoil pudiera hacerse con el 30% de Repsol (véase *El confidencial*, Madrid, 25 de noviembre de 2011). Sobre estas cuestiones, tiene interés el artículo de José Luis Gordillo, “La práctica constitucional de la Monarquía”, en Capella, J. R. (ed.), *Las sombras*, cit., pp. 43 y ss.

²⁵ El artículo 491.2 del Código Penal castiga como delito “utilizar la imagen” del Rey o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, de cualquier forma que pueda “dañar el prestigio de la Corona”. A esto se añade el resto de “delitos contra la Corona”, cuyas penas son notablemente superiores a las impuestas por cometer los mismos actos contra el resto de las personas. Véase al respecto, las reflexiones de H. López Bofill, *Escal al Rei*, Barcelona, La Mina, 2008.

tipo de educación de sus hijos. En este ámbito, la Iglesia no pudo imponer todas sus demandas, pero consiguió algunas importantes. Por ejemplo, que los poderes públicos garantizaran “el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones” (artículo 27.3). Esta garantía venía complementada con el reconocimiento “a las personas físicas y jurídicas la creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales” (artículo 27.6) y con la estipulación de que los “poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca” (artículo 27.9). Con ello, conseguía una garantía más que sólida para seguir ocupando sus centros de poder docente, desde la educación básica a la universidad, e incluso para crear otros que creyera necesarios dentro de sus posibilidades.²⁶

Otra de las grandes cuestiones que marcaron el proceso constituyente fue la admisión por el sistema político civil de la tutela militar. Esta tutela se expresó en la atribución explícita al Ejército, no solo de la “integridad territorial”, sino del propio “orden constitucional”. Esta previsión, incorporada al Título Preliminar de la Constitución, perseguía un doble propósito. Por una parte, sancionar el olvido de los crímenes franquistas, una decisión que se había abierto camino con la aprobación por las cortes de la Ley de Amnistía, en octubre de 1977, en medio del proceso constituyente. Por otro lado, convertir a la jerarquía militar en guardiana de la “indisoluble unidad de la Nación española” y en factor disuasorio frente a las reivindicaciones de autonomía de las “nacionalidades y regiones”.

Durante los años 1975-1976, el PSOE había defendido el libre ejercicio del derecho a la autodeterminación de los pueblos. Los comunistas, por su parte, venían haciéndolo de antiguo. Llegado el momento del debate constitucional, sin embargo, estas posiciones fueron diluyéndose. La “unidad de la Patria”, reclamada por un Comunicado Superior del Ejército en abril de 1977, se plasmó de manera tortuosa en la versión final del artículo 2o. de la Constitución: “La Constitución se fundamenta en la insoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas”. El término “nacionalidades”, incorporado sobre todo para dar una respuesta a las reivindicaciones vasca y catalana, fue recibido con especial desagrado por el Ejército y por las filas de la conservadora Alianza

²⁶ Una constatación ya presente, por ejemplo, en Aparicio, M. A., *Introducción al sistema político y constitucional español*, Barcelona, Ariel, 1980, p. 47.

Popular. La redacción final, de hecho, llegó en un papel escrito a mano, procedente del Palacio de La Moncloa, y se impuso a la ponencia constitucional.²⁷

Las enmiendas más alejadas a este texto fueron las presentadas por el Partido Nacionalista Vasco (PNV) y por Euskadiko Ezkerra (EE), que habían quedado excluidas de la ponencia. Las enmiendas presentadas por el PNV planteaban la reintegración foral para los cuatro territorios vascos, renovándose el Pacto de la Corona. La presentada por Francisco Letamendía, de EE, proponía una variación en el Título VIII y en el artículo 139 con una vía concreta de ejercicio del derecho a la autodeterminación de los pueblos.²⁸ Ninguna de las dos fue aceptada. Sin embargo, una vez establecidos los límites en el que podían moverse las “nacionalidades”, los constituyentes no tuvieron más remedio que aprobar un Título VIII que dejara abierto el proceso de construcción de un Estado autonómico. Su grado de descentralización político-administrativa se hacía depender de la correlación de fuerzas entre los diferentes partidos y de la voluntad de los territorios que se constituyeran en Comunidades Autónomas. También se dejaba un margen de asimetría especial para el País Vasco y Navarra, a través de las disposiciones adicionales primera y cuarta. Pero todo se hacía en el marco de un modelo con fuertes inercias centralizantes, que prohibía explícitamente la federación de Comunidades Autónomas (artículo 145.1) y que confiaba el desarrollo del modelo constitucional a la estricta vigilancia del poder central y de un Tribunal Constitucional que actuaría a partir del acuerdo entre los grandes partidos de ámbito estatal.

La consagración de estos tres elementos —intangibilidad de la monarquía, cooperación con la Iglesia católica y sumisión a la tutela militar— se complementaba con la previsión, en el texto o en otras normas

²⁷ Esta es la versión de Colomer, J. M., *El arte de la manipulación política*, Barcelona, Anagrama, 1990, pp. 133 y 134.

²⁸ El contenido de la enmienda de Letamendía era básicamente el siguiente: para ejercitar el derecho, los pueblos del Estado debían haberse constituido previamente en territorio autónomo, de acuerdo con la Constitución. La iniciativa correspondía a la Asamblea Legislativa, a propuesta de una cuarta parte de sus miembros. Su aprobación exigía el voto de la mayoría absoluta de éstos. La aprobación debía someterse a referéndum de la población afectada, y la decisión de constituirse en Estado independiente requería el voto afirmativo de la mayoría absoluta de cada territorio. En caso de no alcanzarse el quórum, el referéndum podría convocarse, transcurridos dos años, en la siguiente legislatura del territorio autónomo. Véase al respecto, Letamendía, F., “La autodeterminación: evolución histórica, tratamiento constitucional y polémicas actuales”, *Viento Sur*, núm. 71, noviembre de 2003, pp. 87 y ss.

o acuerdos de valor cuasi-constituyente, de elementos que aseguraban la “gobernabilidad” política, económica y territorial. Con el primer objetivo, precisamente, se consagraba una democracia de representantes de baja intensidad, controlada por unos pocos partidos con fuerte protagonismo, con un ejecutivo difícilmente careable y reacia a la participación directa de la ciudadanía.

En el primer anteproyecto, las fuerzas conservadoras —UCD y Alianza Popular— ya intentaron privar de virtualidad al régimen parlamentario. Para ello, introdujeron la reserva negativa de ley y la reserva reglamentaria, ambas importadas del sistema francés de 1958 y herederas, en realidad, de lo previsto en la Ley de Cortes del régimen franquista. Estos principios determinaban ámbitos importantes vedados al Parlamento y otros en los que solo el gobierno podía actuar. Y si bien desaparecieron del texto final, no lo hicieron en beneficio de un sistema institucional más parlamentarista. A tenor de los artículos 99 y 108, el presidente del gobierno recibía la investidura del Congreso de los Diputados y era el único responsable ante él. No se preveía “examen previo” de los candidatos a la titularidad de los ministerios (como en el sistema norteamericano) ni responsabilidad de cada ministro ante la Cámara (como en Israel). Por el contrario, se consagraba un ejecutivo particularmente fuerte, que solo podía ser cuestionado a través de una moción de censura constructiva (artículo 113).²⁹ En este punto, era notoria la influencia de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, impuesta a la Alemania occidental por las tropas aliadas para exorcizarlas del radicalismo de la Constitución de Weimar, de 1919. En más de un aspecto, los sectores conservadores intentaron repetir esta práctica, pero en relación con la Constitución republicana de 1931, con la italiana de 1947. El artículo 84 del borrador de Constitución, por ejemplo, preveía el referendo legislativo y el abrogatorio, a iniciativa popular, en una línea similar a lo consagrado, tanto en el artículo 66 de la Constitución republicana de 1931 como en los artículos 71 y 75 de la Constitución italiana.³⁰ Al final, sin embargo, solo se incorporó el referéndum consultivo (artículo 92), y una versión más bien restrictiva de la iniciativa legislativa popular (artículo 87.3).

²⁹ Capella, J. R. “La Constitución tácita”, en Capella, J. R. (ed.), *Las sombras del sistema constitucional...*, cit., p. 38.

³⁰ “La aprobación de leyes aprobadas por las Cortes y aún no sancionadas —disponía el artículo 84.1 del borrador— o de decisiones políticas de especial trascendencia y la derogación de leyes en vigor, podrán ser sometidas a referéndum de los ciudadanos”. Y continuaba: “El referéndum será convocado por el Rey a propuesta del Gobierno, bien por propia iniciativa, bien a iniciativa de cualquiera de las dos Cámaras, de tres asambleas regionales o de 500.000 electores”.

En el plano económico, se asumía el principio del Estado social, se reconocía un listado amplio de derechos sociales y se contemplaban diferentes instrumentos compensatorios, propios de una economía mixta. No obstante, todo ello ocurría en un momento en que el llamado Estado de bienestar comenzaba a ser cuestionado y en que despuntaban los primeros intentos de desmantelamiento, en vísperas, precisamente, de la llegada al poder de Margaret Thatcher en Gran Bretaña. Ello explica que, a diferencia de otras Constituciones sociales de posguerra, la opción de fondo girase en torno a una “economía de mercado” con “libertad de empresa” (artículo 38). Una fórmula a la que los propios Pactos de la Moncloa se encargaron de blindar contra cualquier corrección sustancial futura.

Ciertamente, el texto de 1978 no era solo esto. La presión de la lucha antifranquista se tradujo en el reconocimiento de libertades políticas y sindicales valiosas, de derechos sociales clave y de mecanismos incisivos de intervención pública en la economía. Muchos artículos avanzados, como el 9.2, redactado a partir de la cláusula Basso de la Constitución italiana, permitían, en abstracto, el desarrollo de políticas socializantes, y serían inconcebibles sin las resistencias de los años precedentes. No obstante, venían rodeados de múltiples salvaguardas, dentro y fuera del texto constitucional, que impedían que su ejercicio pudiera desbordar los límites de una “gobernabilidad” previamente establecida. A excepción del derecho a la educación, especialmente valioso para la Iglesia católica, la mayoría de derechos sociales fue configurada como “principios rectores de la política económica y social” con una rigidez y una protección jurisdiccional más débil que las de los considerados “fundamentales”. Algo similar ocurrió con los mandatos más igualitarios de la Constitución económica, deliberadamente relegados a un Título VII carente de garantías específicas.

La Constitución, en realidad, aparecía en muchos aspectos como un texto ambiguo, con preceptos vacíos de contenido. En otros, parecía un texto abierto, cuya concreción se hacía depender a menudo de leyes orgánicas que convertían al Congreso de los Diputados en una suerte de constituyente permanente.³¹ En otros, por fin, como una propuesta texto blindado en ciertas decisiones fundamentales —monarquía, unidad de la Patria, Ejército—, cuya reforma exigía un procedimiento de gran complejidad, casi imposible de llevarse a cabo (mayoría doble de dos tercios en ambas Cámaras, con disolución de Cortes de por medio y referéndum obligatorio).

³¹ Así, en Aparicio, M. A., *Introducción al sistema político y constitucional español*, cit., pp. 53 y ss.

III. BIPARTIDISMO IMPERFECTO, INTEGRACIÓN EUROPEA Y PROGRESIVO CIERRE CONSTITUCIONAL

La Constitución de 1978 no era, en definitiva, un marco en el que todas las opciones tuvieran la misma cabida. Algunas eran estimuladas, otras abiertamente desincentivadas y otras bloqueadas sin disimulo por un procedimiento de reforma que las convertía en prácticamente pétreas. Con todo, contenía fórmulas de compromiso y una cierta apertura que hacía posible pensar en desarrollos alternativos, una vez pasados los condicionamientos militares de los primeros tiempos. Esta apelación a la Constitución abierta, entendida como un proceso, a la Constitución garantista o a la Constitución alternativa fue común, de hecho, en sectores jurídicos críticos y en ciertos ámbitos políticos y sindicales.

Tras los primeros años de monarquía parlamentaria, el poder constituyente popular que emergió durante la resistencia antifranquista hizo posible algunos avances relevantes en la concreción del derecho a la educación, a la sanidad o a la seguridad social. Lo cierto, en todo caso, es que la apertura inicial del marco constitucional se fue cerrando por diferentes vías. Algunas mostraban el peso de la herencia franquista tanto en la estructura económica empresarial como en instituciones y actores clave, como el Ejército, la Iglesia o el propio Poder Judicial.³² Otras reflejaban la influencia creciente de actores externos como los Estados Unidos, la OTAN o, más adelante, la OMC o la UE.

Al margen de algunas políticas y decisiones concretas, ninguno de estos factores se vería afectado de manera sustancial por la alternancia mantenida entre UCD y el PSOE, primero, y entre este último y el Partido Popular, más adelante. Todos, de hecho, fueron determinando la configuración de una Constitución material, esto es, de unas relaciones y estructuras de poder, que condicionaría de manera decisiva el sentido de la propia Constitución formal aprobada en 1978.

Tras el golpe de Estado de febrero de 1981, fueron adoptadas dos decisiones políticas de crucial importancia: el ingreso español en la OTAN y la consumación de los Pactos Autonómicos entre UCD y el PSOE. Ambas decisiones determinaron el sentido futuro de muchas previsiones conte-

³² Sobre la huella del franquismo en el Poder Judicial puede verse Jiménez Villarejo, Carlos y Doñate, Antonio, *Jueces pero parciales. La pervivencia del franquismo en el poder judicial*, Madrid, Pasado y Presente, 2012; Olivas, Amaya, “Justicia y crisis ¿Quiénes son los jueces?”, *Viento Sur*, núm. 125, 2012, pp. 87-95; Sáez, Ramón, “Los jueces y el aprendizaje de la impunidad”, *Mientras Tanto*, núm. 114, 2010, pp. 41-72.

nidas en la Constitución. La primera, suponía una reinterpretación del artículo 8o., en la medida en que disponía la transferencia de buena parte de la tutela militar sobre la política civil a una estructura multinacional controlada por los Estados Unidos. La segunda, por su parte, fue caracterizada por uno de sus inspiradores, el administrativista Eduardo García de Enterría, como una auténtica convención constitucional, que evidenciaba los límites de una construcción pluralista del Estado de las Autonomías.³³

En el ámbito socio-económico, los avances producidos tras la transición permanecieron condicionados por el peso de una oligarquía financiera-inmobiliaria-constructora, fuertemente emparentada con el régimen anterior, que supo recomponerse para mantener su influencia. Todo ello determinó que en ámbitos clave, como el de la vivienda o el trabajo, se abrieran paso, de manera regular, propuestas liberalizadoras y precarizadoras llevadas adelante en nombre de la “modernización” y de la “flexibilización” del mercado inmobiliario y laboral. Muchas de estas medidas, como las contrarreformas laborales aprobadas entre 1984 y 2012, serían impugnadas por fuerzas sindicales y de oposición por su incompatibilidad a partir de una lectura garantista de la Constitución.³⁴ Sin embargo, estos reclamos jurídicos rara vez encontraron eco en una justicia ordinaria a menudo dispuesta a legitimar la “violencia del poder empresarial”³⁵ y en un tribunal constitucional poco dispuesto a marcar al legislador mínimas líneas rojas en materia de derechos sociales.³⁶

Lejos de moderarse, muchas de estas tendencias se profundizarían con la incorporación española a las comunidades europeas. El proceso de in-

³³ Herrero de Miñón, M., “La dinámica de una Constitución abierta”, *cit.*, p. 83.

³⁴ En octubre 2012, por ejemplo, diputados del Grupo Socialista y del Grupo de la Izquierda Plural (IU, ICV-EUiA, CHA) presentaron de hecho un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 3/2012 de reforma laboral. En opinión de los recurrentes, la reforma vulneraba el papel institucional reconocido constitucionalmente a las organizaciones sindicales y empresariales (artículo 7o. CE), el derecho a la libertad sindical (artículo 28 CE), el derecho a la negociación colectiva (artículo 37 CE), el derecho al trabajo (artículo 35 CE), a la tutela constitucional frente a tratamientos discriminatorios y arbitrarios (artículos 14, 23 y 103 CE), y a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE).

³⁵ Sobre la evolución —o mejor sobre la involución— de la jurisprudencia en ámbitos como el despido, es de obligada consulta el libro de Baylos, Antonio y Pérez Rey, Joaquín, *El despido o la violencia del poder privado*, Madrid, Trotta, 2009.

³⁶ Esto no ha sido así en toda Europa. En países tan distintos como Alemania, Portugal, o Letonia, los tribunales constitucionales han declarado inconstitucionales restricciones de derechos realizadas con la excusa de la crisis. Para un análisis de algunas de estas respuestas jurisdiccionales, puede verse, Bárcena, J. de Miguel, *El gobierno de la economía en la Constitución europea. Crisis e indeterminación institucional*, Barcelona, Bosch, 2011, pp. 171 y ss., y Ponce Solé, J., *El derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos*, Madrid, INAP, 2013.

tegración contribuiría a la recepción de normas europeas avanzadas en ámbitos como la prohibición contra la discriminación, la tutela de usuarios y consumidores o la incorporación de ciertos estándares medioambientales. Sin embargo, estos efectos garantistas tendrían como contrapartida una alteración drástica de la Constitución económica, social y militar. Lejos de ser un proceso neutral, la integración europea introdujo cambios irreversibles sin que para ello fuera menester modificar expresamente el texto de 1978. La opción del PSOE por mantener a España en la OTAN, por ejemplo, vino a dejar claro que la “europeización” exigía interpretar el artículo 80. de la Constitución referido al papel del ejército también en función de los intereses geo-estratégicos de los Estados Unidos.³⁷ Y lo mismo ocurrió en el terreno económico, donde lo que acabó imponiéndose fue “una forma de gobierno de la economía no antagonista con los imperativos de la globalización”.³⁸ El Acta Única de 1986 fue ratificada en el Congreso prácticamente sin oposición (Izquierda Unida presentó una enmienda a la totalidad, pero luego la retiró). Con ello, comenzó su andadura la subordinación de los derechos sociales y de los servicios públicos reconocidos o amparados por la Constitución a la libre circulación de servicios, capitales y mercancías, asumidas como auténticos derechos fundamentales comunitarios. Este proceso de patrimonialización de los derechos se vio compensado por la aprobación de algunos marcos normativos garantistas y sobre todo por ayudas ingentes que permitieron apuntalar el desarrollo de infraestructuras, principalmente en la España meridional, la meseta castellana y Galicia.³⁹ Con todo, sería el derecho de la competencia, con su carga privatizadora, generadora de

³⁷ En 1986, el PSOE convocó un referéndum e hizo campaña a favor de una permanencia en la OTAN que no implicara la integración a su estructura militar. El “sí” se impuso por un 52,5% contra un 39,8%. Sin embargo, la condición de no integración en la estructura militar sería modificada unilateralmente por el parlamento en noviembre de 1996, autorizando la participación de España en la nueva estructura de mandos de la Alianza.

³⁸ Esta es la caracterización de Pedro Mercado, en “La ‘Constitución imposible’: el gobierno de la economía en la experiencia constitucional española”, en Capella, J. R., *Las sombras del sistema constitucional...*, cit., pp. 293 y ss. También puede verse, al respecto, Maestro Buelga, Gonzalo, “La Constitución económica española: de la tradición del Estado social a la integración europea”, *Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al profesor J. Solé Tura*, Madrid, Cortes Generales-Centro de Estudios Constitucionales, 2008, pp. 1977 y ss.

³⁹ A diferencia de lo que ocurriría con los países del Este tras la caída del Muro de Berlín, España recibió desde 1985 más de 120.000 millones de euros de la Comunidad Económica Europea. Se ha calculado que esta cifra equivale a tres veces la cantidad que los Estados Unidos destinaron en su momento al famoso Plan Marshall.

nuevos monopolios y oligopolios, el que con más peso acabaría por impactar en el ordenamiento interno. Con el Tratado de Maastricht de 1992 y la entrada en vigor del Pacto de Estabilidad y Crecimiento de 1997, el proceso de integración adquirió un claro sesgo monetarista. La pérdida de soberanía monetaria, sumada a la asunción de estrictos criterios de reducción de la inflación, del déficit y de la deuda pública, forzó en más de un aspecto la restricción del gasto social y la contención salarial. Los tratados europeos, penetrados por la *Lex mercatoria* generada por las grandes empresas transnacionales y por la OMC, se convirtieron en una auténtica Constitución supraestatal que condicionaba claramente la Constitución de 1978. Esta nueva Constitución era una auténtica Constitución dirigente, intervencionista, que cerraba de manera drástica las alternativas económicas abiertas por las Constituciones sociales internas.⁴⁰ Lo que se imponía, así, era una Constitución monetarista, con una marcada matriz neoliberal, que vetaba alternativas keynesianas y aceptaba limitadas modulaciones en un sentido social.

En otros países del centro y del norte de Europa, estos cambios en la constitución económica fueron objeto de controles y de debates sociales intensos. El Tribunal Constitucional alemán y el Consejo Constitucional francés advirtieron en varias ocasiones de los peligros que el proceso de transferencia de competencias a la Unión Europea suponía para el principio democrático y en algunos casos lo condicionaron a la realización de reformas constitucionales previas. En aquellos países con Estados sociales más o menos robustos, el Tratado de Maastricht fue objeto de un amplio escrutinio público.⁴¹ Nada de esto ocurrió en el caso español. La identificación de la integración supraestatal con la superación del aislamiento de los tiempos franquistas y un cierto discurso “modernizador” alentado por los medios de comunicación, desactivaron los reflejos críticos de una opinión pública a menudo dispuesta a dar por bueno todo lo que viniera de “Europa”. Además, como la propia Constitución Española tenía un contenido social mitigado por la asunción de una “economía de mercado”

⁴⁰ Para este concepto, véase Bercovici, Gilberto y Massoneto, Luis Fernando, “A Constituição dirigente invertida: a blindagem da Constituição financeira e a agonia da Constituição econômica”, *Boletim de Ciências Econômicas* n.º XLIX, Coimbra, 2006, pp. 3 y ss. Desde otras categorías conceptuales, pero con similares intenciones, puede verse el sugerente trabajo de Nicol, D., *The Constitutional Protection of Capitalism*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2012, pp. 47 y ss.

⁴¹ En Dinamarca, fue rechazado en referéndum. En Francia, apenas consiguió el favor del 51% de los votantes. Y cuando el Tratado constitucional de 2004 pretendió “grabar en mármol” esta orientación elitista y neoliberal, un 55% de los franceses y un 61,6% de los holandeses se opusieron.

basada en la “libre empresa”, el Tribunal Constitucional no vio ninguna oposición entre ésta y los tratados europeos. De hecho, cuando se le consultó acerca de la eventual inconstitucionalidad del artículo I-6 del Tratado constitucional en el texto de 1978,⁴² respondió con una Declaración en la que afirmaba que la “primacía” del derecho europeo no afectaba a la “supremacía” de la Constitución.⁴³

Esta contorsión retórica fue objeto de muchas interpretaciones. Pero lo cierto es que apenas permitían ocultar la alienación de un marco constitucional subordinado a un orden supraestatal cuyas credenciales sociales y democráticas ya entonces eran más que dudosas.⁴⁴ Si este proceso pasó inadvertido no solo para los expertos jurídicos sino para la mayoría de la población fue, entre otras razones, gracias al efecto adormecedor de algunas políticas propiciadas desde Bruselas y Frankfurt. De entrada, las ayudas, antes aludidas. Pero también el estímulo al sobreendeudamiento privado. Durante años esa singular fuente de financiación contribuiría a gestar un capitalismo popular en el que las vergüenzas del Estado social y la falta de garantía de derechos sociales básicos como el derecho a la vivienda eran disimuladas por el acceso al crédito barato. De ese modo, la misma normativa europea que por la mañana cuestionaba algunos límites sociales o medioambientales del modelo de crecimiento español, por la noche lo bendecía, dando por buenos sus efectos precarizadores o la explotación de la mano de obra migrada sobre las que se sostenía. Cuando, en pleno auge del boom inmobiliario, el gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero decidió convocar un referéndum sobre el tratado constitucional con el objeto de exhibir su vocación de ser “el primero con Europa”, los resultados permitieron medir la erosión del espejismo. El “sí” se impuso con un 77% de los votos, pero la participación no pasó del 44%, el porcentaje más bajo en cualquier convocatoria estatal desde tiempos del franquismo.⁴⁵

⁴² Artículo I-6: “La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a este primarán sobre el Derecho de los Estados miembros”.

⁴³ Se trata de la Declaración del Tribunal Constitucional 1/04 de 13 de diciembre de 2004.

⁴⁴ En su dictamen al Tratado Constitucional, el Consejo de Estado introdujo algunos matices ausentes de la Declaración del Tribunal Constitucional. Por ejemplo, reconoció que las políticas pesqueras o agrícolas pasaban a depender más del Tratado Constitucional que de la Constitución. Y que el posible monopolio de los servicios de interés económico general eran historia debido a la disciplina del mercado único y sus libertades básicas.

⁴⁵ El referéndum de febrero de 2005 permitió entrever algunos cambios sustan-

IV. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 135: UNA INICIATIVA DECONSTITUYENTE FULMINANTE

Tras la eclosión de la crisis de 2008, las costuras formales de la Constitución acabaron por estallar. Una nueva fuerza deconstituyente difusa, compuesta por la Troika, los grandes inversores privados y el sector hegemónico del poder político-financiero alemán, decidió que era necesario convertir las políticas de austeridad en regla de oro constitucional. El Reino de España, a través de sus dos grandes partidos, no tardó en cumplir con estos requerimientos. Primero, consintió el aumento de su deuda pública a cuenta del rescate prácticamente incondicionado de algunas entidades financieras y grandes empresas. Luego, aceptó proceder, sin mayor discusión, a la reforma del artículo 135 de la Constitución de 1978, la segunda desde su entrada en vigor.⁴⁶

El objetivo declarado de la reforma era constitucionalizar la regla de oro europea. Pero el gobierno de J. L. Rodríguez Zapatero decidió ir más allá. Cuando las elecciones generales ya estaban convocadas, comunicó que había llegado a un pacto con el líder de la oposición, Mariano Rajoy, para reformar la Constitución e incorporar “una regla para la estabilidad presupuestaria en medio y largo plazo”.⁴⁷ La reforma constitucional tenía sus antecedentes en varias leyes de estabilidad presupuestarias aprobadas

ciales. Los principales partidos de la izquierda —Izquierda Unida, ICV-EUiA, ERC, CHA, BNG, PSM o Aralar— pidieron el voto en contra. Los sindicatos mayoritarios de ámbito estatal, Comisiones Obreras y UGT, se pronunciaron por un “sí” crítico. CGT y la mayoría sindical vasca, en cambio, pidieron el “no”. Al final, la abstención y el rechazo al texto fue especialmente elevada en sitios como el País Vasco o Cataluña, donde las ayudas no habían tenido un impacto relevante.

⁴⁶ La primera fue la reforma del artículo 13.2, acometida antes de la ratificación del Tratado de Maastricht, para permitir que los extranjeros comunitarios pudieran ser votados en las elecciones locales.

⁴⁷ Se ha dicho que el origen de la reforma podría ser una Carta enviada al presidente de Gobierno español, firmada de manera mancomunada por el entonces presidente del Banco Central Europeo, Jean-Claude Trichet, y el entonces Gobernador del Banco de España, Miguel Ángel Fernández Ordoñez. En ella se habría conminado al gobierno a adoptar “acciones urgentes” para neutralizar actuaciones especulativas de los operadores financieros. Estas acciones incluirían cerrar el ejercicio de 2011 con un déficit del 6%, recortes de salarios a los funcionarios públicos y una rápida modificación de la legislación laboral. La versión no se confirmaría. En Italia, en cambio, el diario *Corriere della Sera* publicaría el 29 de septiembre de 2011 el contenido de una carta similar enviada al presidente del Consejo de Gobierno, Silvio Berlusconi, firmada por Trichet y por el entonces presidente del Banco de Italia, Mario Draghi.

en 2001, durante el gobierno del Partido Popular, que iban más allá de lo establecido por el Pacto de Estabilidad y Crecimiento e imponían el llamado “déficit 0” a los entes públicos dependientes del Estado, de las Comunidades Autónomas o locales. Estas leyes fueron derogadas en 2007, lo cual suponía un regreso a los estándares del Pacto de Estabilidad. Estos estándares, en realidad, ya habían sido incumplidos en muchos países de la Unión, comenzando por Alemania y Francia, sin que se produjeran sanciones efectivas (Francia, de hecho, lleva treinta años ininterrumpidos con un déficit del 7.5 % del PIB —frente al 3% exigido por el Pacto de Estabilidad— y una deuda pública del orden del 77.6% —más de 17 puntos por encima de lo requerido por las normas comunitarias—).

Finalmente, la canciller alemana, Angela Merkel, decidió reformar, en 2009, los artículos 109.3 y 115 de la Ley Fundamental de Bonn para introducir en ella una mayor disciplina presupuestaria. La reforma española fue más lejos. A diferencia de la alemana o de la italiana de 2012,⁴⁸ consagró la “prioridad absoluta” del pago de los intereses y del capital de los créditos concedidos para financiar la deuda pública.⁴⁹ Esta cláusula carecía de parangón en el derecho constitucional comparado. Y generaba, de un golpe, un doble efecto. Por un lado, neutralizaba la ya menguada fuerza normativa del principio del Estado social y de los derechos a él vinculados. Por otro, rendía abiertamente el principio democrático (y el autonómico) a los designios de los grandes acreedores. Y no se trata de una mera afirmación retórica. Entre 2011 y 2012, fueron numerosas las leyes, decretos leyes y decretos que apelan al nuevo artículo 135 para justificar la “racionalización”, reducción o limitación de prestaciones sociales y servicios públicos. Es verdad que el apartado 4 del nuevo redactado acepta, como prueba acaso de mala conciencia, que los límites al déficit o a la deuda pública pueden flexibilizarse en casos de “emergencia extraordinaria” que perjudiquen “considerablemente... la sostenibilidad económica y social del Estado”. Lo que ocurre es que la concreción de estas líneas rojas no ha figurado entre las prioridades de los poderes constituidos —ni parece que vaya a ocurrir— como demostró su no tratamiento en la Ley de Estabilidad Presupuestaria y Financiera, aprobada unos meses después.⁵⁰

⁴⁸ Que reformó los artículos 81 y 97 para introducir límites más estrictos al endeudamiento que solo podían ser levantados, en casos extremos, con mayorías absolutas.

⁴⁹ Para un análisis de la reforma puede verse, entre otros, Escudero Alay, R., “Texto y contexto de la reforma constitucional exprés de 2011”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 2, marzo-agosto de 2012, pp. 86-98.

⁵⁰ No solo eso. La Ley Orgánica 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Fi-

La enmienda en su conjunto resultó, al final, una operación atropellada, lo que le valió el calificativo generalizado de reforma exprés. Se presentó ante la Mesa del Congreso como una proposición conjunta realizada por los grupos socialista y popular, se tramitó por vía de urgencia, por el procedimiento de lectura única, y se consumó en doce días. Al final, la reforma obtuvo 316 votos a favor y cinco en contra (Coalición Canaria, Unión Progreso y Democracia, y dos del propio PSOE).⁵¹ El resto de partidos se ausentó o no votó, en señal de protesta. La única disidencia de peso fue el recurso de amparo presentado por el Grupo Parlamentario Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds. En él, se argumentaba que los diputados recurrentes se habían visto privados de sus derechos de participación, puesto que los plazos para presentar enmiendas se habían reducido de manera ilegítima. Para los demandantes, la reforma no podía realizarse conforme al procedimiento ordinario del artículo 167 de la Constitución. Al tratarse, por el contrario, de una modificación encubierta de la cláusula del Estado social incluida en el Título Preliminar, se requería proceder a una revisión constitucional por la vía más compleja del artículo 168. El Tribunal Constitucional no admitió a trámite el recurso. Para justificar su negativa sostuvo que la supuesta conexión entre el principio de prioridad absoluta del pago de la deuda y el Estado social, “no encuentra amparo ni en la propia literalidad del texto constitucional, ni en la jurisprudencia constitucional, ni tampoco en la doctrina”. Con ello, se soslayaba toda la literatura de inspiración keynesiana que vincula la expansión del gasto público a la sostenibilidad del Estado social, aunque no estuviera dirigida, como es lógico, a analizar lo ocurrido en el Parlamento español en agosto de 2012.⁵²

Si se contempla con un mínimo sentido de realismo, esta nueva banalización de la Constitución ha abierto una fase decisiva en el proceso de-constituyente que se venía incubando hace tiempo.⁵³ Tras esta mutación

nanciera, fue modificada en septiembre con el objeto de reforzar las obligaciones de cumplimiento de los límites de gasto por parte de las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, para lo cual se intensifican las medidas de disciplina fiscal y financiera.

⁵¹ Uno, en realidad, del exsindicalista Antonio Gutiérrez. Un diputado de Baleares se equivocó al apretar un botón, y tres diputados de la corriente Izquierda Socialista no acudieron a votar por estar en contra de la enmienda.

⁵² Escudero Alday, R. *op. cit.*, pp. 96 y ss.

⁵³ “Resulta difícil —sostiene Miguel Azpitarte— no sentir que los principales partidos han banalizado la Constitución”. Véase “Alternancia y reconstrucción de la Constitución económica. Crónica política y legislativa del año 2011”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 94, 2012, p. 201.

formal y materialmente dudosa, el diseño constitucional originario resulta poco reconocible. No solo en lo que tiene que ver con el principio del Estado social, sino también con el principio democrático, concebido tanto en sentido horizontal como vertical o territorial. El nuevo constitucionalismo de la crisis —un constitucionalismo liberal y tecnocrático— no solo ha ganado terreno más allá de las fronteras del Estado sino también en su interior, erosionado las competencias y la financiación de las instancias autonómicas y municipales y condenándolas a un papel cada vez más insustancial. La atribución, en efecto, de nuevos poderes al Estado central que antes pretendían encontrar acomodo en competencias horizontales como las vinculadas a la ordenación general de la economía (artículo 149.1.13) o la Hacienda pública (149.1.14), se justifican ahora en la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y en la invocación del nuevo artículo 135. De este modo, las instancias más tecnocráticas de la Unión Europea afirman su poder sobre el parlamento estatal. Y el Estado central, a través del gobierno central, hace lo propio con las Comunidades Autónomas. Este reforzamiento tiene varias manifestaciones. Una, el sometimiento de los presupuestos autonómicos proyectados, aprobados y ejecutados al visto bueno del Ministerio de Hacienda. Otra, la previsión de medidas preventivas y correctivas automáticas que incluyen la no disponibilidad de créditos presupuestarios a las comunidades reacias a los ajustes; la reversión al Estado de las competencias normativas sobre tributos cedidos; la obligación de un depósito en el Banco de España (0.2% del PIB); la eventual imposición de multas e incluso la ejecución coactiva prevista por el amenazante artículo 155 de la Constitución.⁵⁴

V. RESISTENCIA CONSTITUCIONAL, REFORMA Y NUEVOS IMPULSOS CONSTITUYENTES

Ciertamente, estos cambios constitucionales no vienen de la nada. Muchos hunden sus raíces en transformaciones económicas y sociales que datan del último tercio del siglo pasado y que afectan, no solo a la Constitución Española, sino al constitucionalismo social de posguerra en su conjunto.

⁵⁴ El artículo 155 reconoce al gobierno central la potestad para imponer a las Comunidades Autónomas, con ciertas salvaguardas, medidas forzosas en caso de atentado grave “al interés de España”. No llegaría a ser puesto en práctica, pero sería invocado, en más de una ocasión, como posible vía para frenar las demandas de autonomía de Cataluña o del País Vasco.

Con todo, parece evidente que el golpe que la última crisis capitalista ha asestado a alguno de sus principios básicos marca un fin de época. Para captar su esencia, algunos juristas han hablado de Constituciones abdicativas o desconstitucionalizadoras, esto es, de marcos constitucionales que, a resultas de la ofensiva neoliberal, resignan de manera deliberada su potencialidad democratizadora tanto en el terreno político como en el económico, para mutar en algo completamente diferente.⁵⁵

Este proceso deconstituyente —o si se prefiere, de reconstitucionalización en un sentido liberal elitista y autoritario— ha generado diferentes reacciones tanto en el mundo jurídico como en partidos y movimientos sociales. Algunas llaman a resistir las políticas de austeridad en nombre de las Constituciones vulneradas. Otras, enfatizan la necesidad de reformar los marcos vigentes con el objeto de remover los obstáculos que permitirían una mayor profundización democrática. Y otras, por fin, defienden la necesidad de crear las condiciones para un escenario de ruptura que permita poner en marcha procesos constituyentes populares que contrarresten el embate deconstituyente que se está produciendo tanto en el ámbito supraestatal como al interior de los estados, comenzando por los de Europa de Sur.

Estas estrategias, ciertamente, no transcurren como vías incomunicadas y pueden ser postuladas de manera simultánea, según los contextos. En países como Italia o Portugal, que cuentan con Constituciones avanzadas, hijas de rupturas claras con regímenes fascistas o dictatoriales, son frecuentes los alegatos que llaman a “defenderse del poder” y a resistir a partir de los elementos más garantistas de las actuales Constituciones republicanas.⁵⁶ En ocasiones, es verdad, este atrincheramiento puede adoptar un tono conservador, de simple preservación de un constitucionalismo social que, de hecho, resultaba insostenible en algunos de sus presupuestos esenciales (como el ecológico o energético) y al que ya no se podrá regresar. El llamado a la resistencia constitucional, con todo, puede convivir con propuestas parciales de reforma en aspectos básicos, como el refuerzo de los derechos sociales o del propio principio democrático.

En Portugal, en junio de 2010, el Partido Social Demócrata impulsó una propuesta de reforma constitucional. Su propósito original era

⁵⁵ De constituciones abdicativas habla, precisamente, el constitucionalista italiano Gianni Ferrara en su artículo “Regressione costituzionale”, <http://www.costituzionalismo.it/notizie/581/>.

⁵⁶ En el caso italiano, esta estrategia de resistencia ha sido defendida con elocuencia, por ejemplo, por Ermanno Vitale en *Defenders del poder. Por una resistencia constitucional*, trad. de P. Salazar y P. Vásquez Sánchez, Madrid, Trotta, 2012.

cuestionar el carácter gratuito del derecho a la educación o condicionar explícitamente el derecho a la salud a las posibilidades financieras del Estado. Un sector de la oposición integrado por el *Bloco de Esquerda*, el Partido Comunista y los Verdes, criticaron la iniciativa. Para ello, reivindicaron el sentido original de la Constitución republicana de 1976, pero plantearon, a su vez, sus propias iniciativas de reforma. Estas tenían que ver, fundamentalmente, con cuestiones como la profundización de los mecanismos de participación directa, la disminución de la edad de voto de los 18 a los 16 años, el reconocimiento de derechos políticos a los migrantes, la consagración del carácter público de las entidades financieras o el blindaje del carácter gratuito del Sistema Nacional de Salud.

En el caso español, la agudización de la crisis, y la parálisis —cuando no la complicidad— de los poderes constituidos, también están alentando la irrupción de propuestas más radicales, de reformas rupturistas o de refundación constituyente, como las que se han planteado en América Latina o en Islandia o como las que comienzan a despuntar en países como Francia o la propia Italia.

Esta percepción de quiebra del “consenso constitucional” se ha extendido incluso entre quienes hace poco oscilaban entre el inmovilismo y algunos cambios limitados, en la línea del informe emitido por el Consejo de Estado en 2006. Aquel informe, redactado durante el gobierno de Zapatero en pleno proceso de reformas estatutarias, circunscribía el cambio constitucional a cuatro cuestiones escasamente regeneracionistas. La igualdad hombre-mujer en la sucesión de la Corona; el reflejo en la Constitución de la ratificación del Tratado Constitucional Europeo y de la cesión de competencias a la Unión; la incorporación de la denominación de las comunidades autónomas (a partir de la distinción nacionalidades-regiones del artículo 2o.) y el rediseño del Senado.

Las presiones para “cerrar” el modelo de organización territorial en clave centralista y los temores a que el debate sobre el papel de la Corona condujera a un cuestionamiento de la institución, llevaron a aparcarse el proyecto. Importantes dirigentes socialistas convinieron en que abrir la cuestión de la reforma solo podía traer problemas. José María Aznar, miembro del Consejo de Estado, directamente votó en contra del informe, alegando que no existía “ni la necesidad jurídica, ni la conveniencia política, ni el consenso necesario”. Los cuestionamientos ciudadanos al sistema institucional vigente y el deterioro de la situación social han dado lugar a iniciativas reformistas con objetivos más amplios.⁵⁷ Naturalmente,

⁵⁷ Recientemente, por ejemplo, la Unión General de Trabajadores (UGT) sugi-

muchas de estas propuestas corren el riesgo de resolverse en una suerte de gatopardismo constitucional, o pecan de irrealistas. A veces, porque su contenido sustancial se limita a aspectos secundarios, al tiempo que se dejan intactos cerrojos constitucionales decisivos. Así, por ejemplo, cuando se propone dotar de carácter fundamental a ciertos derechos sociales sin cuestionar la prioridad absoluta otorgada al pago de la deuda, o cuando se propugnan reformas federales que no reconocen la plurinacionalidad del Estado ni el derecho a la autodeterminación.⁵⁸ En otras ocasiones, porque confían el cambio constitucional a un improbable acuerdo entre los grandes partidos actuales, excluyendo o minimizando la participación ciudadana, o desplazándola para un momento posterior.

Es obvio que de la eventual debilidad de las estrategias reformistas de mínimos no cabe deducir la mayor factibilidad de alternativas más ambiciosas o directamente rupturistas y reconstituyentes. Tampoco puede descartarse que la despolitización, el desencanto y la “servidumbre voluntaria” generados por la crisis conduzcan al auge de opciones anti-régimen pero con un contenido antidemocrático y antiigualitario (tecnócratas, xenóforas, nacionalistas excluyentes, etcétera). En cualquier caso, si la vía constituyente, de ruptura, presenta no pocas dificultades, tampoco parece que el mantenimiento *sine die* del estado de cosas actual o las reformas de mínimos puedan presentarse como alternativas realistas.

En buena medida, el discurso sobre el agotamiento del régimen monárquico y bipartidista vinculado a la Constitución se ha reforzado tras la irrupción del movimiento de indignados.⁵⁹ El 15-M se integró básicamente con jóvenes precarios y sectores medios empobrecidos. Con un lenguaje y formas originales, fue un gran revulsivo político, aunque también suponía la radicalización de un descontento con las políticas de austeridad que ya se había expresado en dos huelgas generales: una de septiembre

rió que se reformara el artículo 92 de la Constitución para que los referendos sobre “decisiones políticas de especial trascendencia” sean vinculantes y no consultivos, y puedan ser instados por la propia ciudadanía. Esta reforma permitiría, en su opinión, forzar desde abajo consultas sobre los recortes, la financiación sindical o las contribuciones recibidas por la Iglesia católica.

⁵⁸ alguna de estas inconsistencias pueden advertirse en el artículo del constitucionalista y diputado del PSOE, Diego López Garrido, “Necesitamos una reforma constitucional”, *El País*, 5 de diciembre de 2012.

⁵⁹ Por primera vez en décadas, diferentes encuestas coinciden en que, de celebrarse elecciones, los dos grandes partidos de ámbito estatal apenas llegarían a sumar poco más del 45% de los votos emitidos. Esta opinión negativa también alcanza a instituciones clave del Estado salido del franquismo, como la Monarquía, rechazada por casi el 60% de los jóvenes entre 18 y 29 años.

de 2010, en todo el territorio estatal, y una en enero de 2011, en Cataluña, Galicia, el País Vasco y Navarra. Para impugnar la fatalidad de estas políticas, el 15-M lanzó un grito con una fuerte carga destituyente: “No queremos ser una mercancía en manos de políticos y banqueros”, y una demanda constituyente, sencilla pero incisiva: “¡Democracia real ya!”. Estas demandas se vieron reforzadas por la irrupción a la luz pública de otros movimientos como la Plataforma de Afectados por la Hipoteca (PAH) o las “mareas” en defensa de los servicios públicos.

Desde un comienzo, algunos sectores vinculados a estos movimientos plantearon la necesidad de modificar las leyes electorales y de participación. Sin embargo, tras la (contra)reforma constitucional de septiembre de 2011, esta voluntad regeneracionista cedió paso a demandas de reforma constitucional. En 2012, diferentes colectivos llamaron a rodear el Congreso de los Diputados para pedir la apertura de un proyecto constituyente. Simultáneamente, comenzaron a irrumpir en diferentes localidades asambleas constituyentes e incluso los partidos políticos situados fuera de la órbita del PP y del PSOE comenzaron a lanzar propuestas de reforma constitucional que iban más allá de las tradicionales reformas de mínimos. En diciembre de 2012, el grupo parlamentario de Izquierda Unida de Asturias registró en la Junta General del Principado una proposición para solicitar una reforma constitucional. La proposición, surgida de sectores vinculados al 15-M, contaba con el asesoramiento de constitucionalistas y juristas.⁶⁰ Se planteaba tres reformas constitucionales concretas: una, del artículo 87.3 de la Constitución, para eliminar los límites materiales a la iniciativa legislativa popular, de manera que esta pudiera plantearse en ámbitos hoy vedados, como la educación o la legislación electoral; otra, del artículo 92, con el objetivo de que se autoricen referendos vinculantes, también mediante iniciativa popular, en una línea similar a lo previsto en la Constitución de 1931 o en el borrador de la Constitución actual que llegó a discutirse en 1978; finalmente, una tercera, en el artículo 166, para incluir la iniciativa popular de reforma constitucional, con al menos 500 000 firmas acreditadas. Por la misma época, se articularon propuestas similares, partidarias de incluir un nuevo precepto constitucional, o de modificar los actuales artículos 167 o 168, con el objetivo de que el propio gobierno o un número determinado de representantes puedan convocar una Asamblea Constituyente.⁶¹ Frente a

⁶⁰ Uno de los impulsores de la iniciativa, precisamente, fue el profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo, Miguel Presno Linera.

⁶¹ Así, por ejemplo, Viciano, “La activación política del poder constituyente en España y sus cauces jurídicos”, en Viciano, R. *et al.*, *Por una Asamblea Constituyente*, *cit.*, p. 142.

las reformas de mínimo, estas propuestas de reformas encierran la virtud de abrir un posible camino de ruptura participativa. Sin embargo, tienen un talón de Aquiles: su dependencia de mayorías agravadas (tres quintos de cada Cámara, en el mejor de los casos) que exigen acuerdos políticos muy difíciles de obtener en el horizonte inmediato.⁶²

Las dificultades de cualquier reforma constitucional democratizadora en el ámbito estatal han reforzado las iniciativas constituyentes en ámbitos infra-estatales. Sobre todo como consecuencia del crecimiento de movimientos soberanistas en el País Vasco, Galicia y, sobre todo, en Cataluña. Estos movimientos se han visto espolcados por las políticas de recortes presupuestarios, pero también por otras de recentralización competencial y de negación de la pluralidad nacional y cultural. Esta deriva ha hecho más evidente en estos territorios que el llamado Estado autonómico ha sido un Estado reticentemente descentralizador. Y que los avances en materia de autogobierno han respondido más a la presión de las periferias y a la debilidad de las grandes fuerzas estatales, que a una auténtica convicción descentralizadora de estas últimas.

Esta desafección ha alcanzado su punto máximo al combinarse con algunas decisiones políticas y jurisdiccionales. En el caso vasco, este descontento se remonta al rechazo, en 2004, a la tramitación en el Congreso de la propuesta de Nuevo Estatuto Político de Euskadi, conocida como Plan Ibarretxe (y aprobada en el parlamento vasco por 39 votos a favor y 35 en contra). A este rechazo, se sumó una sentencia del Tribunal constitucional contraria a una ley de consultas vasca con la que se pretendía preguntar sobre un nuevo estatuto de relaciones entre la Comunidad Autónoma Vasca y el Estado.⁶³

⁶² Desde luego, cabría imaginar otras vías. Una mayoría absoluta (el 51%) en el Congreso de los Diputados permitiría realizar una consulta popular sobre la conveniencia de una reforma constitucional que habilitara una opción constituyente. Si se atiende al precedente latinoamericano, una mayoría suficiente en una consulta de este tipo podría allanar el camino para una salida constituyente. En el caso español, sin embargo, chocaría con la doctrina de la Sentencia 103/2008 del Tribunal Constitucional según la cual “no se puede preguntar... si se quiere iniciar un proceso de reforma constitucional en un determinado sentido”. En relación con la cuestión de la plurinacionalidad, pero extensible, quizás, a otros ámbitos, véase C. Viver Pi i Sunyer, “El reconeixement de la plurinacionalitat de l'Estat en l'ordenament jurídic espanyol”, en Requejo, F. y Gagnon, A. (eds.), *Nacions a la recerca de reconeixement. Catalunya i el Quebec davant el seu futur*, Barcelona, Institut d'Estudis Autonòmics (IEA), 2010, pp. 222-3.

⁶³ Sentencia 103/2008, de 11 de setiembre. Ya en 2003, el gobierno de José María Aznar incluyó en el Código Penal un delito específico para la convocatoria ilegal de referéndums, en el artículo 506 bis. Lo hizo después de que el Lehendakari Juan José Ibarretxe anunciara su voluntad de consultarlo si su Plan era rechazado en el Congreso.

Pero lo que acabó convirtiéndose en un elemento decisivo de la crisis de Régimen fue el caso catalán.⁶⁴ En 2005, el Parlamento de Cataluña aprobó, por 120 votos a favor y 15 en contra —casi un 90% de la Cámara—, una propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía. Esta propuesta fue mutilada en aspectos importantes en las Cortes Generales. A pesar de ello, el PP decidió presentar un recurso de inconstitucionalidad contra varios aspectos del texto, aprobado en referéndum en Cataluña. Finalmente, el Tribunal Constitucional decidió laminar preceptos importantes, anulándolos o bien interpretándolos en un sentido restrictivo.⁶⁵ Esta última sentencia, dictada en pleno inicio de la crisis económica, no solo desactivaba buena parte del texto estatutario, sino que cerraba el paso a lo que pretendía ser un intento de transformación del conjunto del Estado autonómico, a partir de argumentos, en muchos casos, de oportunidad política o de política legislativa, antes que de estricta constitucionalidad.

Como respuesta, precisamente, a este cierre de la llamada “Constitución territorial”, cobraría fuerza en Cataluña el reclamo del derecho a decidir, esto es, a un referéndum o a una consulta sobre la posible independencia del Estado español. Este derecho se presenta como una actualización del derecho a la autodeterminación de los pueblos consagrado en los pactos internacionales de derechos de 1966, ya que coloca el énfasis, no tanto en los agravios históricos o en una situación de opresión, como en la voluntad presente de autogobierno de una comunidad política.⁶⁶ En el caso catalán, el reclamo de este derecho se hizo presente, entre otros hechos, en la celebración de diferentes manifestaciones, ya desde 2006, en consultas informales por la independencia realizadas en diferentes municipios y en movilizaciones y cadenas humanas realizadas, sobre todo, el 11 de septiembre, fiesta nacional de Cataluña. Esta presión social ha venido acompañada de propuestas de reforma legales o cons-

⁶⁴ Quizás, entre otras razones, porque cuando se produjo el contencioso vasco, todavía estaba activa la organización armada, ETA.

⁶⁵ Sentencia 31/2010, de 28 de junio. Esta decisión, junto a algunas otras, contribuyó a rápido declive de la legitimidad del Tribunal Constitucional. Su instrumentalización política ha llegado a ser tan notoria, que su ex vicepresidente, Francisco Rubio Llorente, ha sugerido su supresión. Véase “Los males del Constitucional”, *El País*, Madrid, 10 de agosto de 2012.

⁶⁶ En parte, el derecho a decidir se construye a partir de antecedentes como la sentencia del Tribunal Supremo de Canadá de agosto de 1998 sobre la secesión de Quebec, o del llamado Acuerdo de Edimburgo, firmado entre el primer ministro británico, David Cameron, y el primer ministro escocés, Alex Salmond, con el objeto de autorizar la convocatoria de un referéndum sobre la independencia escocesa en 2014.

titucionales dirigidas a posibilitar la concreción del derecho a decidir a través de un referéndum o una consulta. Y en caso de negativa, mediante unas elecciones plebiscitarias que podrían desembocar en una declaración unilateral de independencia.⁶⁷

Según una encuesta de septiembre de 2013, un 71% de los catalanes estarían a favor de la celebración de la consulta y un 34.7% votaría por la independencia.⁶⁸ Por su parte algo más del 40% de la ciudadanía del resto de España estaría a favor de que la consulta se pudiera realizar. Esta ampliación del horizonte independentista ha dado alas a demandas constituyentes de ruptura con el marco constitucional de 1978 y de unión con pueblos vecinos (dentro y fuera del Estado, como en el caso de los *Països Catalans*, o de *Euskal Herria*), así como a un debate sobre lo que esta eventual ruptura supondría, o debería suponer, en relación con la Unión Europea.⁶⁹

Naturalmente, la existencia de estas demandas constituyentes tanto a nivel estatal como sub-estatal no quiere decir que la Constitución de 1978 haya dejado de ser invocada en materias como el derecho a la vivienda, a la salud, a la negociación colectiva o a la huelga. Con todo, cada vez resulta más difícil pensar en una posible respuesta democrática y garantista a la crisis dentro del marco constitucional vigente, o si se prefiere, de lo que se ha hecho de él. Ni el bloqueo a la confiscación social y a la estatización de la deuda privada de los grandes grupos financieros

⁶⁷ El Consejo para la Transición Nacional de Cataluña, un órgano asesor creado por el Gobierno de la Generalitat, prevé cinco posibles vías para realizar una consulta legal de acuerdo con el derecho interno: 1) los referéndums autonómicos del artículo 92 de la Constitución; 2) la delegación o transferencia de competencias previstas por el artículo 150 de la Constitución; 3) los referéndums de la ley catalana 4/2000; 4) las consultas populares de la proposición de ley que se tramita en el Parlamento catalán; 5) la reforma de la Constitución. En caso de que no se autorizara una consulta legal, existiría la posibilidad de convocar unas elecciones plebiscitarias y proceder, en su caso, a una Declaración unilateral de independencia con mediación internacional. El informe puede consultarse en http://premsa.gencat.cat/pres_fsop/docs/2013/07/25/21/43/63684651-2219-42c3-bc5c-c1d8ce06fe65.pdf

⁶⁸ Encuesta del *Centre d'Estudis Socials i d'Opinió Pública* (GESOP), de setiembre de 2013. Una encuesta anterior, del mes de junio, sostenía que un 41% por ciento de la población del resto del Estado estaría a favor de que la consulta pueda celebrarse. Un 54,9% estaría en contra.

⁶⁹ Algunas formaciones políticas soberanistas, como la *Candidatura de Unitat Popular* (CUP), son partidarias de una ruptura abierta con la Unión Europea y con la moneda única. Otras consideran que es posible oponerse a las políticas de austeridad y al pago de la deuda ilegítima sin plantear la salida del euro (en la línea de coaliciones como *Syriza*, en Grecia).

y económicos; ni un nuevo proyecto redistributivo basado en derechos y en la tutela del trabajo en sus diferentes manifestaciones; ni el gobierno público y ecológico de la economía; ni la garantía de los bienes comunes; ni el reconocimiento de la plurinacionalidad del Estado y del derecho a la autodeterminación; ni la profundización de la participación ciudadana, en las instituciones y fuera de ellas: en el territorio, en los lugares de trabajo, en la Red y en el resto de medios de comunicación; pueden realizarse sin romper con unos marcos jurídicos que, además de estar bloqueados, resultan anacrónicos en más de un punto y no responden a las inquietudes de las generaciones más jóvenes.

Esta insuficiencia, desde luego, no convierte las iniciativas de reforma rupturista o el proceso constituyente en vías sencillas. A pesar del deterioro institucional y social, a pesar de la intención de algunos partidos nacionalistas y de diversas fuerzas de izquierdas federalistas, confederalistas o independentistas de abrir un proceso destituyente/constituyente, la llamada “crisis de régimen” es todavía incipiente: ni se manifiesta del mismo modo en todo el Estado, ni afecta de la misma manera a todos los pilares del régimen.⁷⁰ A las complejidades técnicas del Título X de la Constitución, al moderado interés del PSOE por la reforma y a las reticencias del Partido Popular, se suma la camisa de fuerza que impone el marco jurídico de la Unión Europea. Vencer estas resistencias no es imposible. Pero exige la articulación persistente, capilar, de poderes constituyentes populares, diversos, capaces de repercutir, en algún momento, en las instituciones, y de convertir la deslegitimación de lo existente en apertura de un nuevo horizonte de cambio.

⁷⁰ Según encuestas recientes, las fuerzas armadas y de seguridad gozan de un prestigio mucho mayor que el resto de instituciones. La Iglesia católica, por su parte, tampoco experimenta una pérdida de legitimidad tan grande como el resto de instituciones.

LA IDEOLOGÍA DE LA GLOBALIZACIÓN Y SU REALIDAD*

Marco REVELLI*

SUMARIO: I. *Los tres circuitos de la globalización*. II. *Entre la ideología y la realidad*. III. *Las promesas no mantenidas de la globalización*.

El término “globalización” ha hecho bruscamente —y en ciertos aspectos brutalmente— irrupción en nuestro universo lingüístico muy recientemente: en el curso del último decenio. Es, se podría decir, el verdadero —quizás el único— “evento lingüístico” de los años noventa.

Hasta hace pocos años era desconocido. El diccionario *Webster's* lo registra por primera vez al comienzo de los años sesenta, pero todavía sin particulares connotaciones espaciales, más como sinónimo de totalización que de mundialización. Las *Business Management Schools* norteamericanas lo introducen en el lenguaje académico en el transcurso de los años ochenta, pero haciendo un uso todavía cauto y limitado, empleándolo para denominar algunos aspectos específicos del proceso económico. Todavía al inicio de 1994, en el catálogo de la Biblioteca del Congreso de Washington figuraban apenas 34 volúmenes que contenían en el título la palabra “globalization”. Hoy son 279, y otra centena contiene el equivalente francés “mondialisation”, mientras que en otros 5000 títulos, en su gran mayoría publicados en el último decenio, figura la raíz “global”.

Del mismo modo en Italia: en las páginas de nuestro principal periódico, el “Corriere della sera”, la globalización era del todo ignorada hasta el 20 de febrero de 1992, cuando el término fue usado por primera vez en un artículo dedicado a las insuficiencias del sistema bancario italiano para acompañar a las empresas nacionales en el mundo. Luego, volverá otras 16 veces sobre las páginas del periódico en el curso del mismo año, 24 veces en 1993, 37 veces en 1994, 68 veces en 1995, 145 veces en 1996 y 341 veces en 1997.

* Traducción al español de Miguel Carbonell (investigador en el IJ-UNAM).

** Profesor en la Universidad de Turín.

Clamorosamente victorioso sobre el plano cuantitativo —ingrediente hoy en día irrenunciable de toda reflexión, o quizá sería mejor decir de toda prédica, sobre la inevitable reducción del Estado social, sobre la flexibilidad del trabajo y sobre el fin de las garantías—, sigue siendo, sin embargo, un concepto todavía preocupantemente genérico e impreciso. Un “*mot fétiche*”: una palabra fétiche, para utilizar una feliz expresión de Robert Boyer, uno de los principales exponentes de la “escuela de la regulación” francesa.¹ O, si se prefiere, un “*mot chargé d'idéologie*”, como lo define Francois Chesnais,² por la implícita aceptación que presupone del proceso de “absolutización de la economía”, y por la atribución de un carácter a la vez “benéfico y necesario”, irresistible e ingobernable, respecto al cual, como en el caso de las originales religiones animistas y tribales, la única oportunidad dejada a los sujetos sociales y a los individuos es, pura y simplemente, la de adaptarse (“*s'adapter... est le maître mot qui a maintenant valeur de slogan*”),³ haciendo, hasta donde sea posible, “sacrificios humanos”

I. LOS TRES CIRCUITOS DE LA GLOBALIZACIÓN

En alternativa a ese uso genérico, a veces se propone una operación de desmontaje del concepto, por así llamarle. Es decir, un abandono de la concepción “globalizante de la globalización”, y una más precisa descripción de los diversos —y separados— procesos a través de los cuales la economía ha superado “sus propias fronteras”, conquistando espacios y radios de acción inéditos. Una vía, ésta, que permite no solo mejor entender, en su desarrollo cronológico, los diversos mecanismos de la globalización (la activación de sus múltiples “circuitos”); sino también revelar como, en realidad, de ella se han dado, en tiempos sucesivos (también en el ámbito de la misma área ideológica), definiciones diversas, que podemos —siguiendo la línea de Boyer— sintetizar en por los menos tres distintas acepciones:

- 1) En una primera acepción el concepto de globalización ha estado referido al fenómeno específico de la progresiva y tendencial *unificación*

¹ La expresión se encuentra en el ensayo de Robert Boyer, *La Globalization. Mythes et réalités*, Cepremap, 31 de julio de 1996.

² Francois Chesnais, *La mondialisation du capital*, París, Syros, 1994.

³ *Ibidem*, p. 16.

a escala mundial de los mercados de mercancías, en relación ya sea con la reducción de las barreras proteccionistas levantadas por varios Estados en defensa de sus propios mercados nacionales, o bien al proceso de uniformación —o de “homologación”— cultural que ha generalizado a escala mundial estilos de vida y modelos de consumo. Es en este sentido que, al inicio de los años ochenta, Théodore Levitt hablaba de la “sociedad global” como de una “entidad única, que vende la misma cosa, en el mismo mundo, por todas partes”.⁴ Y que, gracias a ello, ofrece la posibilidad a las empresas que poseen la fuerza y las dimensiones adecuadas (a las grandes multinacionales, como Coca Cola, Nike o también, en ciertos aspectos, los grupos automovilísticos), de contar con una demanda unificada tan amplia que es suficiente para realizar economías a escala, y por tanto recuperaciones de beneficios que los siempre más asfixiados mercados nacionales no garantizan más.

Es por otra parte a este concepto de globalización al que se refieren algunos apologistas neoliberales, como el director de la Organización Mundial de Comercio, Renato Ruggiero, que ha enfáticamente declarado hace poco que “en la última generación dos mil millones de nuevos productores-consumidores han ingresado en el mercado mundial, por el derrumbe de las barreras culturales y aduanales, que antes segmentaban los mercados”, o como el embajador Sergio Romano que se ha complacido de que “en la India, donde hay 900 millones de habitantes, existen actualmente 150 millones de consumidores, deseosos de imitar los hábitos de vida de las sociedades desarrolladas”.

- 2) Algunos años más tarde se ha propuesto una segunda acepción del término, no centrada esta vez en la globalización comercial, o mercantil, sino en la productiva. No solo sobre el carácter global del mercado, sino sobre el carácter global de la empresa. En 1990, de hecho, por primera vez el director de McKinsey y Co. de Tokio, Kenichi Ohmae ha introducido el concepto de la “integración global” de la empresa, y del consecuente nacimiento de una “nueva forma de organización, orgánica y ambiforme (amoebalike)”, que constituiría el “quinto estadio” —el “final”— de una larga marcha de la empresa hacia una dimensión completamente internacional o, mejor, “transnacional”.

⁴ Levitt, Theodore “The Globalization of Markets”, *Harvard Business Review*, núm. 3, 1983, pp. 92-102.

El primer estadio —explica Ohmae— se caracteriza por una actividad de exportación “de largo alcance” por parte de compañías esencialmente nacionales, que se mueven en busca de nuevos mercados locales externos estableciendo relaciones con comerciantes y distribuidores locales. En el segundo estadio, la empresa asume ella misma estas actividades de distribución. Luego viene el estadio tres, en el que las sociedades con base nacional empiezan a hacerse cargo ellas mismas de la producción, del marketing y de las ventas en algunos mercados externos considerados claves. En el estadio cuatro, la empresa se mueve hacia una posición de verdadero productor ‘interno’ sobre estos mercados, sostenida por un completo ‘sistema’ que comprende investigación y desarrollo e ingenierización”.⁵

Este último es el estadio de las “multinacionales”, las cuales reproducen en el “nuevo ambiente” el entero ciclo manufacturador de la madre-patria, y al que sigue el “quinto estadio”, el de la verdadera globalización, en el que las empresas se “disuelven” efectivamente en el espacio global, creando no un “archipiélago” de empresa similares entre ellas y ligadas a un centro (al “viejo centro”, donde tiene su sede el “cuartel general”), sino una red (un *network*) de actividades esparcidas por el mundo y capaces de interactuar horizontalmente entre ellas de modo “orgánico”, operando como un “todo” dotados de los mismos lenguajes, del mismo sistema de valores, de los mismos criterios de valoración y capaz, por todo esto, de localizarse donde sea y de adaptarse a las peculiaridades de las diversas “localizaciones”. Es esta la empresa que se “desnacionaliza” completamente, asumiendo una identidad cualitativamente diversa de la precedente (aún marcada por la pertenencia nacional de origen): una identidad global. A ella corresponde un aparato técnico estructuralmente distinto, no ya concentrado territorialmente en unidades orgánicas omnicomprendivas, sino “diseminado”. Desarticulado territorialmente. Es lo que los técnicos llaman la “transnacionalización de la empresa”: la descomposición en un espacio ahora completamente transnacional de la misma “cadena de producción del valor”; cuyas diversas funciones, como la proyección, la ingenierización, el marketing, el ensamblaje y la comercialización de los productos, en el precedente modelo productivo (que podríamos llamar simplemente fordista) las empresas concentraban en un único lugar, en un espacio uniforme y

⁵ Ohmae, Kenichi *The Borderless World. Power and Strategy in the Interlinked Economy*, Nueva York, Harper Perennial, 1990, p. 91.

centralizado, bien anclado al territorio. Y que ahora, gracias al salto tecnológico conectado a la informática y a la telemática, pueden, con una cierta facilidad, ser deslocalizadas: posicionadas en puntos físicamente bastante distantes entre ellos (incluso en Estados o en continentes distintos), aunque conectadas por eficientes redes de comunicación que garantizan la sincronía y también la simultaneidad de los procesos de trabajo.

Gracias a Groupware, base de datos y redes privadas dedicadas —escribe Ohmae, en un sucesivo, aún más radical texto— no es ya necesario colocar las estructuras productivas de una empresa cercanas a la oficina técnica central. Es de hecho posible transferir las informaciones necesarias, en tiempo real, de un punto a otro del globo. Otro aspecto bastante importante es que las sofisticadas máquinas, las ensambladoras y la máquinas de inserción de que disponemos hoy son bastante “inteligentes” como para poder ser accionadas desde cualquier PC o por estaciones de trabajo que utilicen el software apropiado, y no necesitamos más dispositivos de mando específicos para las unidades individuales. Esto significa que hoy es posible crear en China una estructura productiva de clase mundial para realizar las cabezas de las videocassetteras, empleando mano de obra local capacitada para usar las nuevas estaciones de trabajo. Por el contrario, hubiera sido absolutamente imposible hace diez, o incluso quince años, transferir actividades productivas tan comprometidas, para las cuales se requiere una precisión a nivel de submicra, de las manos de los cualificadísimos operadores alemanes y japoneses a las de sus homólogos menos preparados que trabajan en Estados Unidos o en el sureste asiático.⁶

Es un salto de calidad respecto al modelo tradicional de la multinacional que opera sobre mercados integrados o nivelados. Es la acepción meramente mercantil de la primera definición de globalización. La globalización a la que se refiere es de hecho, en este caso, una “forma de gestión totalmente integrada a escala mundial de la gran empresa”,⁷ que modifica no solo su morfología, sino su naturaleza misma. Aquí a lo que se asiste es al nacimiento de una nueva figura productiva, de un nuevo “sujeto” económico con geometrías y dimensiones espaciales distintas de las hasta ahora conocidas: un sujeto caracterizado por una “cuasi-ubicuidad”,⁸ que

⁶ Ohmae, Kenichi, *The End of Nation State*, Nueva York, The Free Press, 1995.

⁷ Boyer, Robert, *La globalization. Mythes et réalités*, cit., p. 2.

⁸ El concepto de “casi-ubicuidad” implica que un sujeto de referencia está ligado por una relación de “proximidad” con una pluralidad de otros sujetos, *cualquiera que sea su*

es un elemento conocido en el ciberespacio, pero que huye de cualquier regulación y normatividad ancladas todavía a los tradicionales espacios económicos y políticos. A cualquier “soberanía” de tipo tradicional porque habita un espacio “alternativo” respecto al de las autoridades consolidadas, sobre el cual puede elegir los propios ámbitos territoriales de localización, condicionarlos y plegarlos a sus propias necesidades sin ser ella misma obligada o condicionada.

Nace de esta forma la autorrepresentación, fuertemente ideológica, de la *borderless corporation*: de la empresa “sin fronteras” (el título del libro de Ohmae es justamente *The Borderless World*) titular, por eso mismo, de una suerte de ciudadanía extraterritorial, superior porque es jugada en una espacialidad infinitamente más extensa de la de cualquier otro sujeto, que no solo vuelve impracticables las viejas formas de regulación, sino que hace de la empresa misma el único poder en última instancia normativo. De alguna forma, el “soberano” perdido ha sido ahora reencontrado.

- 3) Y es esta, precisamente, la tercera acepción del concepto de globalización, formalizada, en cierto sentido, por el exsecretario del trabajo norteamericano Robert Reich en un libro convertido rápidamente en famoso: *The Work of Nations*,⁹ en el cual se demostraba justamente el progresivo empañamiento y luego la disolución del carácter “nacional” de la empresa. El fin de la lógica de los “campeones industriales” que toda nación podía hacer competir, en la arena internacional, y cuya ventaja económica terminaba por transformarse en una equivalente ventaja social y política para el país de procedencia, junto con las hilaturas productivas que se extienden, con los ciclos que se interconectan y se integran en una red mundial: “El ciudadano americano que, por ejemplo, le compra a la General Motors un Pontiac Lemans —escribía en ese libro— se compromete sin saberlo en una transacción internacional. De los 10 000 dólares pagados a la GM, casi 3000 van a Corea del Sur para montajes y trabajos ejecutados por operados genéricos, 1750 dólares van a Japón para componentes avanzados (motores, árboles de transmisión y electrónica), 750 dólares van a Alemania para la proyección estilística y técnica,

“localización” (su distancia espacial), en cuanto que la velocidad de comunicación produce un efecto de simultaneidad entre ellos.

⁹ Reich, Robert B., *The Work of Nations. Preparing Ourselves for XXI Century Capitalism*, Nueva York, Random House, 1992.

400 dólares a Taiwán, a Singapur y otra vez a Japón para la adquisición de pequeños componentes, 250 dólares a la Gran Bretaña para servicios publicitarios y de marketing y cerca de 50 dólares a Irlanda y a Barbados para la elaboración de datos”.¹⁰ Y agregaba:

En este último decenio del siglo XX, los gobiernos alcanzarán a bloquear en sus propias fronteras bien pocas cosas más allá de los bienes tangibles de peso superior a los 150 kilogramos. Gran parte de los conocimientos, del dinero y de muchos productos y servicios, que las personas en naciones distintas quieren intercambiar entre ellas, son hoy fácilmente transformables en señales electrónicas que se mueven en la atmósfera a la velocidad de la luz. En 1988 unas 17,000 circuitos telefónicos internacionales, con abono a los usuarios, transferían instantáneamente proyectos técnicos, imágenes de video y datos entre expertos que, en continentes diversos, colaboraban para individualizar y resolver problemas y para desarrollar obras de intermediación estratégica. Los hilos de estas redes globales en vías de desarrollo —concluía— son escasamente distinguibles y, por eso, comúnmente inaprensibles.¹¹

Bajo estas claves, para utilizar todavía la síntesis de Boyer, la globalización se convierte “en el proceso a través del cual las empresas más internacionalizadas intentan redefinir para su propio provecho las reglas del juego precedentemente impuesto por los Estados nacionales”:¹² de objetos de regulación, se convierten en sujetos de regulación. Fuente de la regulación misma, adquiriendo la capacidad de dictar a los Estados nacionales (convertidos en impotentes frente a sujetos que los trascienden en dimensiones y confines) las condiciones de sus políticas económicas, y asumiendo, de ese modo, un “rol imperial” en las funciones que ejercen, en cuanto que son actores-clave dotados de extrema movilidad y de un campo de acción sumamente vasto, con una función de “árbitros” entre los diversos “espacios nacionales”.

II. ENTRE LA IDEOLOGÍA Y LA REALIDAD

No han faltado, en los últimos años, los intentos de falsificar estas “lecturas” de la globalización: de contrastar lo que se define como la “retórica de

¹⁰ *Ibidem*, p. 128.

¹¹ *Ibidem*, p. 126.

¹² Boyer, Robert *La Globalization. Mythes et Réalités*, cit., p. 3.

la globalización”, atenuando o negando su carácter de “revuelta epocal”, de “novum radicale”, susceptible de introducir una “rotura histórica” respecto al “capitalismo del pasado”. Se puede decir que ninguna de las tres definiciones consolidadas se ha salvado del fuego de la crítica de parte de estudiosos determinados a “minar” las raíces de la ideología de la globalización cuestionando sus fundamentos de hecho. Las bases materiales.

En un reciente documentado volumen que podemos asumir como “tipo ideal” de tal postura, por ejemplo, Paul Hirst y Grahame Thompson,¹³ un científico social y un economista ingleses, sostienen que en realidad las tasas de crecimiento del comercio mundial en los últimos decenios no son muy distintas de las registradas en el periodo a caballo entre el siglo XIX y el XX (“entre 1870 y 1913 —recuerdan— el volumen del comercio exterior mundial se expandió cerca de un 3.4% al año”).¹⁴ Por tanto, en el fondo, el grado de “apertura” internacional de la actual economía no sería muy diverso del alcanzado en la vigilia de la Primera Guerra Mundial, cuando se abre un largo paréntesis proteccionista, mientras que para la Gran Bretaña sería incluso inferior (“en ciertos aspectos, la actual economía internacional es menos abierta y menos integrada que la del sistema económico prevalente entre 1870 y 1914”).¹⁵ En el mismo volumen sostienen —seguidos, en esto, por un buen número de estudiosos de la empresa de formación económica—¹⁶ que las llamadas ETN (las empresas transnacionales teorizadas por Ohmae) en realidad no existen; que continúan prevaleciendo las tradicionales multinacionales, con la sede principal en su país de origen (donde mantienen las funciones vitales de investigación y desarrollo, y las de decisión estratégica),¹⁷ y que en su operación no se registra “nada de nuevo” respecto a lo sucedido en los treinta años que siguen a la Segunda Guerra Mundial (“en la era de la larga fase de expansión económica sucesiva a 1945, las sociedades esta-

¹³ Hirst, Paul y Thompson, Grahame, *Globalization in Question*, Cambridge, Polity Press-Blackwell, 1996.

¹⁴ *Ibidem*, p. 30.

¹⁵ *Ibidem*, p. 4.

¹⁶ Véase en particular, Ruigrock, Winfried y Van Tulder, Rob, *The Logic of International Restructuring*, Londres, Routledge, 1995, y Patel, P. y Pavitt, K., “Large Firms in the Production of the World’s Technology: an Important Case of Non-globalization”, en Grandstand, O. et al. (eds.), *Technology, Management and International Business*, Chichester, Wiley, 1992.

¹⁷ “Las empresas efectivamente transnacionales (etn), escriben Hirst y Thompson, parecen ser relativamente raras. La mayor parte de las sociedades son construidas sobre una base nacional y comercian a nivel multinacional sobre la base de su actividad nacional principal de producción y venta”, *Globalization in Question*, cit., p. 5.

ban influenciadas por los mismos factores y tenían éxito solo si satisfacían los estándares impuestos por la competencia internacional”).¹⁸

Un elemento de fuerza aportado a la tesis de la fallida “globalización” de las empresas está constituido por la constatación de que las cuotas mayores de “inversiones directas al exterior” (IDE), se concentran en los países avanzados, y que en estos (los cuales representan casi todos los “países de origen”) se desarrolla la mayor parte de las ventas de los productos y de la adquisición de tecnología. De este modo Hirst y Thompson — como, por otra parte, un buen número de juristas y politólogos — niegan decididamente que la economía se haya salido del control de los Estados nacionales: al contrario —afirman— existirían “efectivas posibilidades para poder formular sistemas de reglamentación y de gestión” si es que existiera para ello “voluntad política”.¹⁹ Es más, no solo, subrayan, “el Estado nacional está bien lejos de ser minado por los procesos de internacionalización”, sino que “estos mismos procesos refuerzan de varias maneras la importancia del Estado nacional”.²⁰ La síntesis final es exactamente opuesta a la propuesta por los teóricos de la globalización: una economía muy similar, en sus líneas de fondo, a la actual “ha existido, en una forma u otra, desde aproximadamente 1870, y ha vuelto a resurgir a pesar de algunos grandes obstáculos, entre los cuales el más grave fue la crisis de los años treinta”, en el transcurso del siglo XX.²¹ Se trata de una economía con un elevado grado de internacionalización, dominada en sus puntos fuertes por empresas transnacionales, atravesada por potentes flujos de inversiones exteriores, capaces de cruzar los confines de los Estados nacionales. Pero no de una economía “global”, porque todavía las diversas economías nacionales, los espacios consolidados, mantienen una organicidad propia, una capacidad de calidad, que continúa haciéndolas las protagonistas de primer nivel de la vida económica.

Estas son las críticas. Las cuales sin embargo no alcanzan a disolver el sentido de realidad —y de eficacia— que las diversas argumentaciones “globalizantes” transmiten. Cada una de las tres “lecturas” de la globalización ya apuntadas, puede de hecho, sin duda, contar con una buena base de confirmaciones factuales. De números. De datos. Es decir, puede apoyarse en buena medida sobre “el orden de las cosas”.

¹⁸ *Ibidem*, p. 18.

¹⁹ *Ibidem*, p. 25.

²⁰ *Ibidem*, p. 26.

²¹ *Ibidem*, p. 24.

Lo puede ciertamente la idea de la globalización mercantil: ¿cómo negar que en el último medio siglo las mercancías han comenzado a circular por el planeta con una extensión, un volumen y una velocidad incomparables con el pasado? Con todo pasado, comprendiendo también la edad del “librecambismo” que viene justamente evocada para afirmar la originaria vocación del capitalismo a la dilatación espacial, y para proclamar por tanto que, bajo este punto de vista, “nada nuevo sucede bajo el sol”. Pocos datos, cuantitativos, pueden dar una idea del salto de calidad consumado: todavía en 1953, hace poco menos de medio siglo, el tráfico internacional de mercancías por vía aérea era de 350 millones de toneladas/km (una unidad de medida de la cantidad de productos transportados y del conjunto de la distancia cubierta); en 1963, diez años más tarde, su número alcanzaba los 1700 millones; en 1976 los 13 300 millones, y en 1992 los 62 000 millones de t/km: un volumen 180 veces superior al de origen, y constituido en un 75% por “tráfico internacional”.²² Contemporáneamente, el volumen de mercancías transportadas por barco crecía en un 500% y la de las transportadas por tren en un 300%. Si se toma en cuenta el hecho de que en los años treinta el total del comercio mundial estratégico (por vía marítima y ferroviaria) no superaba los 500 millones de toneladas, se puede hacer una idea del salto realizado en términos absolutos.

Por otra parte, las estadísticas relativas al comercio internacional nos indican que éste ha crecido constantemente, en los últimos treinta años, a un ritmo largamente superior al del crecimiento del Producto Interno Bruto Mundial, lo que significa que una parte creciente de la producción social de cada país es consumida fuera de sus propias fronteras. Y esto es seguido —vale la pena subrayarlo— también en el periodo que va de 1990 a 1995, cuando frente a una dinámica poco menos que estancada del crecimiento mundial (un mísero 0.5% en el quinquenio), las exportaciones han continuado aumentando a un ritmo de crecimiento del 5%: se consumen siempre más bienes producidos por otros, y se producen siempre más bienes destinados a otros. A unos “otros” siempre más parecidos a nosotros en los gustos, en las expectativas, en su papel de consumidores, en su naturaleza abstracta de “demanda agregada”. Son difíciles de olvidar las páginas de *La Occidentalización del mundo*²³ en las que Serge Latouche describe las calles de Argel que se vacían, al atardecer, a

²² Cfr. Finardi, Sergio y Tombola, Carlo, *Il sistema mondiale dei trasporti. L'economia-mondo nel XX secolo*, Bologna, Il Mulino, 1995.

²³ Latouche, Serge, *L'occidentalisation du monde. Essai sur la signification, la portée et les limites de l'uniformisation planétaire*, París, La Découverte, 1989.

la hora en la que la televisión transmite el capítulo cotidiano de “Dallas”. Pero la anciana pensionada que revisa todas las mañanas el periódico y que desde hace unos meses está preocupada por el destino de las bolsas asiáticas no lanza un mensaje muy distinto. En el mundo finito que ha apenas comenzado, lo que se va terminando a una gran velocidad es la pluralidad de mundos. Esto lo recuerda también Latouche:²⁴ de las 20 000 lenguas habladas por los hombres en el Neolítico, no sobreviven más de 6000, pero solo 100 de ellas se esparcen por el 95% del planeta, y una sola gobierna para todos en el mundo de los negocios. “Es posible — apunta Latouche — sobre los altiplanos de Nueva Guinea oír en un transistor el último disco de éxito que está de moda en Nueva York”. O “en el corazón de la jungla del sud-este asiático, ver a un campesino beber una Coca-Cola”. O incluso “ver cruzar un pueblo de la sabana africana un Toyota manejado por un jefe local”.²⁵ Por otra parte, el 100% de los mensajes publicitarios (la verdadera producción de imaginarios de gran alcance, que ha sustituido a cualquier otra “escritura sagrada”) es pensado y producido en la triada Estados Unidos, Europa, Japón, mientras se ha propuesto con seriedad utilizar los precios de la cadena McDonald’s para medir comparativamente el poder adquisitivo real de las monedas.

Naturalmente, tal proceso de unificación mercantil no es homogéneo para todas las mercancías, ni tan radical para todas las áreas geográficas. Existen, sin duda, algunas mercancías que se han convertido para todos los efectos en “globales”, como la Coca-Cola, los jeans Levi’s, las camisetitas, cierto tipo de lentes, algunos modelos de zapatos, algunas marcas de cigarros, cuyos nombres, diseños y colores son del todo universales. Hay otras que son globales solo dentro de franjas limitadas de ingresos y de consumo, como los productos firmados por Gucci o la ropa de Armani. Otras incluso, como el automóvil, se han globalizado como “producto” dentro de mercados de todas formas opulentos, pero tienden a “personalizarse” en los modelos individuales, requiriendo de delicados ajustes a particulares preferencias “locales”. En el mundo de la homologación siempre más extendida, las vías del mercado son infinitas. Y sin embargo, a pesar de la amplia variedad de los itinerarios de la globalización, la tendencia a la ampliación del radio de competencia sobre espacios de más largo alcance que aquellos de los viejos mercados nacionales, es algo más que evidente.

²⁴ Latouche, Serge, *Il pianeta uniforme. Significato, portata e limiti dell'occidentalizzazione del mondo*, Turín, Paravia Scriptorium, 1997, p. 22.

²⁵ *Ibidem*, p. 21.

Basta, por otra parte, dar una ojeada a la dinámica de las barreras aduanales entre el fin de la Segunda Guerra Mundial —cuando una serie de acuerdos multilaterales, primero, el GATT, luego la actual Organización Mundial de Comercio (OMC), comenzaron a promover el progresivo proceso de liberalización de los intercambios y el abatimiento de las tarifas proteccionistas— y el inicio de los años noventa, para tener una idea del camino andado por la lógica del “libre comercio”, y de la aceleración en la formación de una economía mundial con un elevado nivel de interconexión. En 1945 las tarifas medias de los países industrializados sobre la importación manufacturera se encontraban en un 40%; al final de los años ochenta las mismas se habían dividido entre ocho, no superando, en general, el 5%. En el mismo periodo de tiempo fueron creadas amplias áreas de “libre comercio” a escala macro-regional (el Mercado Común Europeo, el Mercosur para América Latina, etcétera). Desde entonces, el abatimiento de las barreras formales de hecho ha seguido avanzando, extendiéndose, con la llamada Ronda Uruguay (1994), también a los productos agrícolas y a algunos tipos de servicios. Y disminuyendo también las medidas “no-tarifarias” de protección nacional (es decir, aquellas medidas destinadas a favorecer los productos nacionales o a desfavorecer indirectamente los de importación). Todavía en 1973 el porcentaje de los intercambios internacionales sobre el total de la producción mundial no superaba el 15%; al final de los años ochenta llegaba al 22% y se estima que para el 2000 alcance el 30%. Para algunos productos clave, como las computadoras o en general la electrónica, tal porcentaje es ya superior al 50%: lo que significa que “la mitad de la producción mundial de bienes electrónicos es objeto del comercio internacional”.²⁶ No solo eso, actualmente es difícil encontrar una sola mercancía, con algún grado de complejidad tecnológica, que no incorpore componentes provenientes de países diferentes de aquel en el que se hace el ensamblaje final, o del país “oficial” de origen de su marca.

Sobre datos de hecho bastante sólidos se basa, por otra parte, la “lectura” de la globalización como fenómeno productivo: el discurso sobre el nacimiento y sobre la difusión de la nueva empresa transnacional. Basta pensar en el clamoroso crecimiento de las llamadas IDE, las Inversiones Directas al Extranjero: es decir, los flujos de dinero que las grandes empresas transnacionales dirigen hacia países distintos al de su origen para alimentar a sus propias filiales, o para realizar *joint-ventures* con produc-

²⁶ Adda, Jacques, *La mondialisation de l'économie. 1. Genèse*, París, La Decouverte, 1996, p. 68.

tores locales. La literatura especializada subraya la espectacularidad del fenómeno por lo que respecta a Japón, cuyas inversiones directas en el extranjero (en buena parte orientadas hacia los “distritos industriales” del sud-este asiático y de Corea del Sur) han pasado de 17 000 millones en 1980 a 21 7000 millones de dólares en 1991, con un aumento superior al 1000% (1176% para ser exactos). Y nos recuerda cómo desde hace tiempo la producción en el extranjero de los grandes grupos automovilísticos japoneses había superado ampliamente el volumen de sus exportaciones. Pero la tendencia es universal: el flujo medio de las inversiones directas al exterior de los cinco principales países (EUA, Reino Unido, Alemania, Francia y Japón) al final de los años setenta era de 21 000 millones de dólares al año; en 1993 superaba los 126 000 millones de dólares (cerca de 5 veces más).²⁷ Y en el lustro siguiente ha continuado creciendo, aunque a un ritmo menos vertiginoso, como un testimonio de las empresas por ver más allá de los propios confines nacionales de origen. Es decir, por internacionalizarse. El conjunto de la “worldwide crossborders acquisitions” —de las inversiones más allá de las fronteras para desarrollar actividades productivas— ha pasado de 39 000 millones de dólares en 1986 a 113 en 1988, a 122 en 1989, para asentarse sobre una media de 100 000 millones de dólares en los primeros años noventa.

El más reciente reporte de las Naciones Unidas sobre las inversiones globales (el *World Investment Report* de 1994), tiene un censo de 37 000 TNC (*Transnationals Corporations*: es decir, empresas con al menos un segmento de su propio ciclo productivo localizado fuera de su país de origen), las cuales controlan más de 200 000 afiliadas externas esparcidas por todo el mundo. Se dirá que esto no significa todavía mucho: que puede tratarse, justamente, de tradicionales “multinacionales”, del todo parecidas a las que operaban en los años cincuenta y sesenta en todo el mundo. Y es verdad. Pero habría que decir que todavía a fines de los sesenta aquellas no superaban las 7000 unidades (menos de una quinta parte que las actuales). Y que la red actual de TNC gestiona un rango de ventas de más de 4 800 000 millones de dólares: una cifra de vértigo, ¡superior a todo el comercio mundial! Todavía más significativo es el hecho de que las primeras 100 de ellas cuentan, por sí solas, con un capital de 3 500 000 millones de dólares y controlan más de un tercio de todo el monto mundial de inversiones directas al extranjero. Cerca del 80% de las mercancías facturadas en dólares fuera de los Estados Unidos por parte de empresas

²⁷ UNCTAD, *World Investment Report. Transnational Corporations, Employment and Workplace*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 1994, p. 17.

“formalmente americanas” (es decir, que tienen en Estados Unidos su sede jurídica principal) “no consisten en exportaciones, sino en ventas entre empresas afiliadas, comercio entre empresas (*intrafirm trade*), productos vendidos a través de acuerdos de franquicias”.²⁸ El valor de sus infraestructuras “globales” de producción se ha calculado sobre el orden de 2 100 000 millones de dólares.

Muchas de estas empresas globales han facturado anualmente mucho más que el Producto Interno Bruto de un buen número de Estados nacionales. La facturación de la General Motors, por ejemplo, que se ubica en torno a los 110 000 millones de dólares, supera el PIB de todos los países del Tercer Mundo, con la sola excepción de Brasil (285 000 millones de dólares), de la India (284 000, pero con ¡800 millones de habitantes!) y de México (146 000). Se calcula que la facturación de las 10 corporaciones globales que se encuentran en el vértice de la clasificación de la revista *Fortune*, se coloca por encima del PIB de 120 de los 185 Estados reconocidos internacionalmente. Lo que significa que cerca del 65% de los sujetos políticos de base nacional están hoy en condición de inferioridad económica en relación con las nuevas potencias “privadas” emergentes.

El presidente del Foro por la Emancipación y la Identidad de América Latina, Heinz Dieterich Steffen ha calculado que en 1994 el conjunto de las entradas de los 500 gigantes clasificados por la más acreditada revista de negocios norteamericana, ha alcanzado un nivel “diez veces superior al entero PIB de América Latina y el Caribe; 25 veces mayor que el PIB del más grande país latinoamericano, Brasil, 43 veces mayor que el PIB mexicano y 230 veces mayor que el venezolano”.²⁹

Algunas de estas “supercorporations”, es verdad, continúan concentrando la mayor parte de su patrimonio en el país de origen. En modo particular si se trata de empresas norteamericanas posicionadas en sectores de mercado relativamente tradicionales como el del automóvil: la General Motors, por ejemplo, tiene un porcentaje de “foreign assets” equivalente apenas al 21.8%, la Ford del 15.5% (aunque ocupan, respectivamente, el 36.1% y el 51% de la propia fuerza de trabajo fuera de los Estados Unidos).³⁰ Pero para otras, como la Volkswagen, o la FIAT, tal porcentaje de patrimonio desnacionalizado, por así decirlo, alcanza niveles del 26.9% y del 33.1%. Es sobre todo en los sectores estratégicos

²⁸ Cfr. Dieterich Steffen, Heinz, “Globalizzazione, educazione e democrazia in America Latina”, en Chomsky, Noam y Dieterich, Heinz, *La società globale. Educazione, mercato, democrazia*, Celleno, La Piccola Editrice, 1997, p. 41.

²⁹ *Ibidem*, p. 42.

³⁰ Los datos se toman de UNCTAD, *op. cit.*, pp. 6 y 7.

de la electrónica y de la energía, o en aquellos en rápida vía de expansión como el de la alimentación, donde se van perfilando formas de empresas radicalmente “externalizadas” o “globalizadas”, para las cuales el concepto de “país de origen” es una pura abstracción: así la IBM tiene más del 53% de su patrimonio (y cerca del 47% de su fuerza de trabajo) localizado en “el exterior”; la EXXON el 56.7%; la SHELL el 69%; la Philips Electronics (sociedad formalmente holandesa) el 80%; la Nestlé (suiza) el 91.6%. Muchas de ellas, por otra parte, están actualmente emancipadas de la dependencia de cualquier “mercado nacional”: la IBM realiza actualmente casi el 50% de sus ventas fuera de los Estados Unidos, porcentaje que llega al 80% para la EXXON, al 93% para la Philips y al 96% para la Nestlé. La Digital Equipment, sociedad norteamericana de computadoras, realiza en el extranjero el 67% de sus propias ventas, la Johnson&Johnson, dedicada a los productos de farmacia, norteamericana, el 60%; casi el 70% la Hewlett-Packard.

Se puede discutir ampliamente si todo esto representa una efectiva metamorfosis integral de las empresas transnacionales. Pero es cierto que ofrece a los decisores estratégicos que definen sus políticas una inédita “movilidad”: la capacidad de desplazarse con extrema rapidez sobre el escenario territorial de sus propias actividades realizando un verdadero y propio *shopping* industrial (procurándose componentes, servicios y mano de obra allí donde la relación precio/calidad les parezca más conveniente). Y obligando, por otro lado, a los Estados nacionales y a las diversas autoridades territoriales a practicar formas de verdadero *dumping* social, nivelando hacia abajo las condiciones normativas y salariales, destruyendo sistemas consolidados de garantías, haciendo lo que sea para ofrecer a estos flujos de capitales móviles y volubles condiciones físicas y “ambientales” favorables.

Y es esta, por muchas razones, la confirmación fáctica también del tercer tipo de “lectura” de la globalización: la que pone el acento sobre la crisis del Estado nación (*The End of the Nation State* es el título de una obra bien conocida de Ohmae). Sobre la puesta fuera de juego de buena parte de los atributos del Estado mediador y regulador de los conflictos del “modelo keynesiano” del siglo XX; pero también de la progresiva destrucción de algunos elementos constitutivos de la “soberanía” estatal, tal como se había configurado desde el origen de la edad moderna. En particular del doble monopolio de la fiscalidad y de la jurisdicción que había constituido, justamente, el atributo calificador del poder político estatal.

En medida creciente los nuevos sujetos económicos transnacionales, jugando con la ubicuidad que los caracteriza, sobre su habitaje en un

espacio interestatal, pueden escapar a buena parte de las normativas fiscales y al control aún de los más sofisticados aparatos fiscales (como por ejemplo el alemán). La BMW, por ejemplo, uno de los más importantes grupos automovilísticos alemanes (aunque deberíamos decir ahora ya “apátridas”), con los beneficios más altos de Europa, que todavía en 1988 había ingresado en las arcas del fisco alemán unos 545 millones de marcos alemanes, cuatro años más tarde, en 1992, pagó apenas 31 (solo el 6% de la cifra precedente), y el año sucesivo, “no obstante un aumento de los beneficios realizados a nivel internacional gracias a los cuales los dividendos permanecieron invariables”, ha pedido y obtenido del Estado alemán un reembolso fiscal de 32 millones de marcos. “Buscamos afrontar los gastos en los países en que las tasas impositivas son más altas, es decir en el territorio nacional”,³¹ ha declarado “honestamente” el director financiero Volker Dopperfeld, contabilizando por el contrario los beneficios obtenidos dentro de uno de los tantos paraísos fiscales donde la transnacional se localiza en algún segmento, o en un país con un fisco más débil, o simplemente en uno de los tantos Estados emergentes que entienden que es útil para atraer capitales practicar formas de *dumping* fiscal. Esto, que vale para el capital industrial —pesado, concreto, todavía implicado en su propia materialidad, en la dureza de los átomos—, vale con mayor razón para el capital financiero, mucho más volátil por su naturaleza abstracta de signo, de pura cifra, de bit. Un testigo participante —periodista de Wall Street, autor de un duro libro sobre la financierización de la economía con un título muy significativo—, ha escrito hace pocos años:

Todos los días los operadores de valores mueven miles de millones de dólares en todo el mundo a la velocidad de la luz. Sumando todo el petróleo saudita, los autos japoneses, el trigo norteamericano y los aviones europeos y añadiendo el resto de los productos que los países compran y venden entre ellos, se obtiene solamente una pequeña parte de estos miles de millones de dólares. El resto es intercambiado para recabar un beneficio inmediato en un mercado que se mueve a una gran velocidad, en el que la expresión “a largo plazo” significa diez minutos: un periodo en el que se pueden fácilmente ganar o perder millones.³²

Es difícil calcular a cuánto asciende, complexivamente, la masa de esta riqueza totalmente abstracta, móvil, apátrida, sin raíces ni responsabilida-

³¹ Citado en Martin, Hans-Peter y Schumann, Harald, *La trampa de la globalización. El ataque contra la democracia y el bienestar*, Madrid, Taurus, 1998.

³² Millman, Gregory, *The vandals crown*, Nueva York, The Free Press, 1995.

des territoriales, en permanente movimiento a través de los hilos de la red telemática del “casino mundial” que se abre en la mañana en Tokio y se cierra por la noche en Wall Street. Algunas estimaciones recientes hablan de 85 000 000 de dólares;³³ una proyección de McKinsey&Cia. prevé que serán 360 000 000 en unos veinte años (traducidos en billetes de 1000 dólares formarían una columna de 70 000 kilómetros de altura).³⁴ Es cierto que esto tiene, ya ahora, un potencial de choque tan grande que ningún Estado nacional, ninguna banca central, ni siquiera una alianza entre bancos centrales, aunque fueran los de todos los países del G7, puede resistirlo. O imponerle una forma de “regulación” coactiva. O compensar sus movimientos. Lo cual significa que hoy ninguna autoridad monetaria o económica nacional está en grado de decidir autónomamente su propia política. Que ninguna comunidad política de base nacional puede asumir decisiones “soberanas”. Como ha sido suficientemente observado, “estos mercados ejercen hoy las mismas funciones de legitimación normalmente asociadas a la ciudadanía: pueden ‘votar’ a favor o en contra de las políticas económicas de los gobiernos; pueden obligar a los gobiernos a asumir determinadas medidas en vez de otras”. Es más:

Los inversionistas votan con sus propios pies, moviéndose rápidamente dentro o fuera de los diferentes países grandes sumas de dinero. Aunque su poder es en muchos aspectos distinto del que tiene el electorado político, han emergido como una suerte de electorado económico global, sin fronteras, en el que el derecho de voto es un atributo de la capacidad de asentamiento del capital.³⁵

III. LAS PROMESAS NO MANTENIDAS DE LA GLOBALIZACIÓN

Estos son los “hechos”. Los “datos”. A los que agregaré solo uno más, estrictamente técnico —relativo al sistema mundial de las telecomunicaciones—, pero desde mi punto de vista extremadamente significativo para entender el alcance de la “revolución espacial” en curso. Todavía hace treinta años, a la mitad de los años sesenta, existía un solo cable telefónico trasatlántico, a través del cual no podían transitar más de 89 conversacio-

³³ Cfr. Sassen, Saskia, *Losing control? Sovereignty in an age of globalization*, Nueva York, Columbia U.P., 1996.

³⁴ Lowell, Bryan y Farrell, Diana, *Market unbound*, Nueva York, John Wiley & sons, 1996.

³⁵ *Ibidem*, p. 40.

nes simultáneamente entre Europa y América. Y la misma situación se registraba sobre la cuenca del Pacífico. Hoy la red cableada y el sistema satelital, a nivel global, permiten gestionar cerca de un millón de llamadas simultáneamente a través del Atlántico, y alcanzar en pocos segundos más de mil doscientos millones de terminales distribuidas en 185 países. Hace treinta años una llamada telefónica trasatlántica de tres minutos costaba un promedio de 18 dólares al valor de entonces (que son equivalentes a 90 dólares al valor actual); hoy la misma llamada cuesta entre un dólar y un dólar y medio.³⁶ Esto nos indica qué violenta ha sido la “compresión espacial” de la que hablan los sociólogos. Qué estrecho y unitario se ha vuelto el espacio planetario que hace apenas un siglo aparecía poco menos que ilimitado y desconocido. Cuan fuertemente se han acercado los puntos de nuestro planeta, hasta hacerlo precipitarse en una única, homogénea unidad espacial en la cual cada uno puede, de alguna forma, interactuar con cualquier otra persona. En el que el destino de cada uno está ligado, por miles de hilos, al destino de todos los demás. O, para decirlo con palabras de Edgar Morin, en el que “no solo cada parte del mundo es siempre más parte del mundo, sino en el que el mundo como un todo está siempre más presente en cada una de sus partes”.³⁷

Y sin embargo, no obstante esta confirmación “factual” de sus partes constituyentes, de las diversas “lecturas” que la han sustanciado, la “ideología de la globalización” —esa visión del mundo que opera a través de la superposición y de la síntesis de las diversas definiciones parciales— no ha sido confirmada todavía. Ella tendería a acreditar la idea del surgimiento de “una economía global al interior de la cual las precedentes economías nacionales serían descompuestas y luego rearticuladas en el ámbito de un sistema de transacciones y de procesos operativos realizados directamente a nivel internacional”,³⁸ que —a condición de ser dejada libre para operar con seguridad respecto a las interferencias de los “obsoletos” poderes estatales precedentes—, garantizaría un crecimiento prácticamente ilimitado de la riqueza planetaria y su recolocación óptima capaz de superar finalmente la antigua distinción entre el norte y el sur, entre desarrollo y subdesarrollo: entre los “privilegiados” de la primera y la segunda revoluciones industriales y sus *outsiders*. Pero se trata más bien de “promesas”. De “promesas no mantenidas”; hipótesis no

³⁶ Kidron, Michael y Segal, Ronald, *Atlas des désordres du monde. Points chauds et lignes de fracture*, París, Editions Autrement, 1995, p. 138.

³⁷ Morin, E. y Kern, B., *Terre-Patrie*, París, Seuil, 1993.

³⁸ Boyer, R., *La globalisation*, cit., p. 3.

confirmadas por esa misma materialidad de los hechos que los apologistas de la globalización invocan para sostener sus propias razones.

Es una promesa no mantenida la del *borderless world*: de un mundo en el que las fronteras no sean más trazados de pertenencia y exclusión; ni constituyan barreras artificiales entre los pueblos, dividiendo el “nosotros” del “los otros”. Peor: es una dramática mentira, porque cuanto más se hacen suaves y permeables al movimiento del dinero, tanto más esas mismas líneas de frontera se hacen duras e impenetrables al movimiento de los hombres. En todos sitios surgen prohibiciones y controles a la inmigración; en todos sitios aparatos policiales siempre más potentes vigilan al exterior, para que ningún “clandestino” viole el “territorio nacional”. Siempre con mayor frecuencia, y con mayor acritud, el movimiento de los náufragos del desarrollo hacia las capitales del privilegio —el instinto de supervivencia que mueve a estos últimos, los “sumergidos”, hacia las pizcas que dejan los demás— viene entendido como una fuente de desórdenes. Como el intolerable rompimiento de un orden basado en la distancia y la separación, para cuyo mantenimiento son llamados a hacer de guardianes los antiguos leviatanes. Evanescen frente a la riqueza, las antiguas fronteras se convierten en cortinas insuperables frente a la miseria: impotentes frente a la masa abstracta del dinero, los “obsoletos” Estados-nación reencuentran músculos y voluntad frente a las multitudes concretas de los hombres, a la “desnuda vida” en movimiento no en los circuitos virtuales de la comunicación telemática, sino en los giros infernales de la migración clandestina, a lo largo de los itinerarios del nuevo éxodo, donde el único privilegio que les queda —el “monopolio de la fuerza”— puede ser ejercido plenamente. Tampoco las consolidadas clases políticas nacionales renuncian a su propio papel de decisión: siempre más reducidas a meras clases, a oligarquías no representativas pero legitimadas por vía tecnocrática, desarrollan un papel al servicio de las nuevas potencias inmateriales, potente megaestructura de servicio a las empresas que gestionan la intrincada red diplomática que rige la globalización financiera e industrial: son ellos los que “delegan” a los funcionarios de las grandes agencias globalizadas, como el FMI o el Banco Mundial, a las cuales proveen de los capitales necesarios; son también ellos los que desarrollan, al menos formalmente, las negociaciones multilaterales que acompañan el proceso de liberalización del comercio internacional, o los que definen las “reglas especiales” que trazan las fronteras de las nuevas macro-regiones económicas como la Unión Europea; siempre menos responsables de los antiguos “compromisos sociales” establecidos al interior de los Estados y de los mercados nacionales.

Del mismo modo, por otra parte, es una de las “promesas no cumplidas” la difusión, fuera de las capitales del desarrollo, de los procesos de crecimiento económico y de la industrialización. La teoría, por así decirlo, de los “vasos comunicantes” del capital, que a través del mecanismo potente de las inversiones directas al extranjero terminarían por nivelar, a escala global, su propio desarrollo. Si se analizan los vectores y los destinos de las IDE, de hecho, se puede verificar cómo más del 60% de sus flujos se queda en el circuito cerrado de la llamada “Triada”: el triángulo Estados Unidos-Europa-Japón, donde, por otra parte, permanece establemente localizado más del 75% de los *stocks* de capital invertido en el extranjero. Y del 40% que sale, se distribuye en realidad “en el resto del mundo” es forma del todo desigual, como “mancha de leopardo”, concentrándose en pequeñas áreas regionales con altos grados de rentabilidad y “desertificando” al resto. Es significativo que el sudeste asiático haya recabado el 19.8% (casi la mitad), y algunos países de América Latina (los que han gozado de la confianza de los inversionistas, antes de las sucesivas crisis por las que han atravesado: México, Brasil, Argentina) otro 11%, mientras que África —un continente entero— no ha recogido más que un miserable 1.4%, y el Medio Oriente y Europa Oriental juntos se han debido repartir un bajísimo 1.6%.

Pero sobre todo una promesa no mantenida ha sido la que ha dejado entrever el crecimiento generalizado del ingreso y del acceso a consumos opulentos por parte de cuotas crecientes de la población mundial: el ideal —en el fondo plausible— de una sociedad cosmopolita de consumidores, ahora sin fronteras, capaz de realizar, a escala mundial, lo que en la práctica ha sucedido a escala nacional entre el final del siglo XIX y el final del siglo XX, cuando la “cuestión social” fue afrontada y en parte resuelta en los países con alto grado de industrialización, gracias a un crecimiento sin precedentes que ha permitido mejorar las condiciones de los “últimos” sin empeorar las de los “primeros”. Según todas las estimaciones no se está produciendo esto. Todavía en un reciente informe de la ONU sobre “desarrollo humano”, resulta que, al inicio de los años 90, el 20% más rico de la población mundial continua apropiándose del 82.7% de la riqueza del planeta, mientras que el 80% restante se queda con el 17.3%: un 11.7% al “segundo quintil” (al 20% en segundo lugar), un 2.3% al tercero, un 1.9% al cuarto y solamente un mísero 1.4% al quinto quintil: al 20% (que en valores absolutos suma, conviene recordarlo, más de mil doscientos millones de personas) de la población mundial que se ubica en el fondo de la escala jerárquica de este “mundo de la pobreza”, que acumula una masa impresionante de riqueza en la cima y disminuye

espantosamente los recursos en la base. Una distancia, una divergencia, hay que subrayarlo, nunca antes alcanzada: todavía a principios de los años 60 —al inicio de una época que debería haber inaugurado un más intenso proceso de “igualación”— el 20% de la población mundial más rico poseía una riqueza 30 veces superior al 20% más pobre; a finales de los años 80 tal relación había pasado a 59 veces.³⁹ Y las tijeras continúan extendiéndose. Michel Chossudovsky, en un libro con el significativo título *La globalización de la pobreza* ha calculado, sobre la base de datos ofrecidos por el Banco Mundial, que en 1993 más de tres mil millones de habitantes del planeta (3 077 800 000 para ser exactos, equivalentes al 56% de la población mundial) percibía un ingreso medio anual per capita inferior a los 379 dólares (colocado sobre la línea de un dólar al día que traza, oficialmente, el umbral de la pobreza absoluta), y que otros mil doscientos millones de hombres (1 218 900 000) se ubicaban entre los 379 y los 951 dólares. Los “míticos” clientes del mercado mundial celebrados por Ruggiero y por Romano —los titulares de un poder adquisitivo adecuado al precio de los productos estratégicos de la nueva civilización de los consumidores globales: la parte de la población mundial con un ingreso medio anual per capita superior a los 20000 dólares— superan por poco los 800 millones (812 200 000, equivalentes al 14% de la población mundial). Representan una isla de privilegio en lenta, lentísima expansión, dentro de un océano de indigencia. En un mundo de *labouring poors*: de “pobres trabajadores”, siempre más numerosos, es cierto (el monto de la fuerza de trabajo mundial ha sido calculado por el Banco Mundial sobre el orden de los dos mil cuatrocientos millones de unidades al inicio de los años noventa, contra los mil trescientos millones de la mitad de los años sesenta) pero no por eso más adinerados. Productores a los que les está prohibido —contrariamente a lo sucedido en la época fordista dentro de las áreas del desarrollo— aspirar a un contemporáneo “estatus” de consumidor. Siempre según los datos del Banco Mundial, más de la mitad de este ejército del trabajo (cerca de mil quinientos millones de hombres), vive en países clasificados de “ingresos bajos”, y otros quinientos millones en uno de “ingresos intermedios”, es decir, en su conjunto perciben un ingreso

³⁹ Cfr. Burbach, Roger *et al.*, *Globalizations and its discontents*, Londres-Chicago, Pluto Press, p. 13. El Banco Mundial, por otra parte —una fuente, por tanto, no sospechosa de “pesimismo”— afirma en un informe reciente que “la renta media por habitante era, en 1870, 11 veces más elevada en los países ricos que en los países más pobres”, tal relación “había llegado a 38 veces en 1960 y a 52 veces en 1985”, Banco Mundial, *Rapport sur le développement dans le monde 1995. Le monde du travail dans une économie sans frontières*, Washington, 1995, p. 11.

anual per cápita promedio inferior a los 695 dólares. Solo 382 millones de trabajadores “globales” viven en países de ingresos “elevados”, pero están destinados a disminuir, al menos en cuanto a valores relativos: se calcula, de hecho, que el 99.9% de los mil millones de hombres que, en el próximo ventenio, entrará a engrosar las filas de la fuerza de trabajo global estará concentrado en las áreas geográficas de bajos ingresos, donde, por otra parte, la industrialización no parece haber inducido un paralelo y unívoco crecimiento salarial.

De acuerdo con los propios reportes del Banco Mundial, de hecho, los salarios habrían aumentado paralelamente al proceso de industrialización solo en el área de Asia oriental y del Pacífico (donde justamente la ocupación ha aumentado un 400% entre 1970 y 1990 y los salarios han crecido un 170%, pero donde las recientes crisis financieras e industriales revelan la sustancial fragilidad del fenómeno); mientras que habrían permanecido estancados (un mísero +12% en el ventenio, es decir cerca de un 0.5% al año), o incluso disminuido en América Latina y en África, y en la misma Asia del sur, donde sin embargo se ha concentrado un intenso flujo de capitales.⁴⁰ Según Michel Chossuovsky “en muchos países deudores del Tercer Mundo, los salarios reales en el sector moderno de la economía disminuyeron en más de un 60% a partir del inicio de los años 80. Y la situación del sector informal es incluso más crítica”.⁴¹ En Nigeria, por ejemplo —nos recuerda— bajo el gobierno del general Ibrahim Babangida, el salario mínimo cayó un 85% en el curso de un decenio. En Vietnam las remuneraciones eran inferiores a 10 dólares al mes, mientras el precio interno del arroz ha sido llevado a nivel del mercado internacional como consecuencia de la asunción por el gobierno nacional del programa impuesto por el Fondo Monetario Internacional. En Perú, en el cuadro de las políticas económicas acordadas entre el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, por una parte, y el presidente Fujimori por otra, en agosto de 1990 el salario mínimo real tuvo una disminución del 90% respecto al nivel que había alcanzado a la mitad de los años setenta.⁴²

En el espacio unificado y comprimido de la globalización económica, las desigualdades sociales no se atenúan: se muestran, con toda su feroz intolerabilidad, siempre más evidentes y “físicamente” visibles en la proximidad: entre la renta media per capita de un suizo —que, de acuerdo con las estadísticas, se ubica en unos 35 000 dólares al año— y el de un

⁴⁰ *Ibidem*, p. 4.

⁴¹ Chossudovsky, *op. cit.*, p. 38.

⁴² *Idem*.

mozambiqueño —acreditado en una renta per capita por poco superior a los 70 dólares—, hay una distancia de 502 veces. Pero si, saliendo de la lógica de las medias, consideramos las rentas reales de los individuos, descubrimos que entre la remuneración de un *top manager* de una gran transnacional (cuyo salario está indexado al valor de las acciones, y se ubica sobre el orden de los 100 millones de dólares) y el puño de miseria de cualquiera de los hombres o mujeres colocados en el último quintil de la pirámide arruinada de la renta global (aquellos, precisamente, que ingresan un dólar al día), se extiende una distancia vertiginosa: ¡780 000 veces!

El mismo discurso vale para otro indicador de acceso a los recursos, quizá más significativo todavía que el tosco dato de la renta: la energía. Se calcula que un ciudadano norteamericano medio tiene a su disposición —gracias a la “potencia” de su sistema-país— un potencial de energía de alrededor de 250 000 kilocalorías, que puede utilizar para los actos más simples de su propia vida cotidiana (para trasladarse en coche o en avión, para tomar una ducha o ver una película en la televisión, para subir en un ascensor o cocinar una hamburguesa). Un francés o un italiano tiene a su disposición 84 000; un japonés (pueblo notablemente más sobrio) 63 000. Pero un hindú puede contar solamente con 4500 kilocalorías (la 25a. parte de un americano); un pakistaní 1700 (la 147a. parte); un etíope 588 (la 425a. parte). Mundos sociales diversos, incomparables, pero partes del mismo mundo físico. Del mismo espacio socialmente percibido.

Este mundo unificado por la técnica está irreparablemente dividido por la economía. Esta humanidad que se vuelve próxima a sí misma, incluida en el mismo sistema comunicativo y reflexivo, se descubre mortalmente separada en su interior: produce y reproduce sus propios extranjeros internos que no puede más seguir ignorando y no reconociendo. Unir esta humanidad quebrada será tarea, hasta donde pueda (y parece que puede cada vez menos) de la política. Y más allá, donde ésta no alcance, de la ética. Y de aquella que en algún tiempo se llamaba “cultura”.

REFORMA CONSTITUCIONAL Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN MÉXICO

Marcial RODRÍGUEZ SALDAÑA*

SUMARIO: I. *La participación ciudadana: una asignatura pendiente.* II. *Proceso de la reforma constitucional para la participación ciudadana de 2012.* III. *Contenido de la reforma constitucional.* IV. *Reforma de la periferia al centro.* V. *Reforma pendiente y su reglamentación.*

I. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA: UNA ASIGNATURA PENDIENTE

En la construcción del sistema institucional mexicano, especialmente en cuanto a la participación ciudadana, la aprobación de los diversos textos constitucionales y sus reformas se habían concretizado en el reconocimiento de los mínimos derechos políticos ciudadanos como los de votar y ser votado, lo cual se ha reflejado en un modelo de democracia formal representativa.

El sistema constitucional mexicano en cuanto a su expresión democrática se ha reducido al formalismo de acudir a la elección y emitir el sufragio, sin tener el derecho de participar de manera frecuente en el ejercicio del poder público, en la toma de decisiones importantes para la nación para dar paso a una democracia participativa.

En el contexto internacional México ha mantenido un rezago en cuanto a la democracia participativa materializada a través de sus diferentes formas como el plebiscito, el referéndum, la iniciativa legislativa, la revocación de mandato, el presupuesto participativo, la acción ciudadana de inconstitucionalidad, etcétera, toda vez que muchas naciones del mundo han incorporado distintas formas de participación ciudadana en sus tex-

* Diplomado en Ciencia Política por la Universidad Sorbona de París I; doctor en derecho por la UNAM; miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional; profesor-investigador de la UEPI-UAG.

tos constitucionales y se ha enraizado la participación popular en la toma de decisiones fundamentales en el ejercicio del poder político.¹

II. PROCESO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL PARA LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA DE 2012

Las reformas constitucionales en materia de participación ciudadana publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF) el 9 de agosto de 2012, se enmarcan dentro de un proceso más amplio de una tentativa de reforma del Estado,² ya que además se proponía incorporar reformas sobre el Régimen de Estado y gobierno; federalismo; reforma del Poder Judicial, y garantías sociales.

A los nueve meses de haberse realizado la elección presidencial de 2006, el 13 de abril de 2007 se publicó en el DOF la Ley para la Reforma del Estado que aprobó el Congreso de la Unión, entre cuyos temas fundamentales se incluyó el de “Democracia y sistema electoral”.³ Es a partir de esta ley que se desencadena el nuevo proceso de una reforma en materia de participación ciudadana en nuestro país.

El proceso que estableció la Ley para la Reforma del Estado consistió en varias etapas: la presentación de proyectos de iniciativa a cargos de los legisladores federales mediante las fracciones parlamentarias en acuerdo con las dirigencias de los partidos políticos; la consulta pública, para la cual se emitió una convocatoria en donde participarían la sociedad civil; negociación y construcción de acuerdos; redacción de proyectos, y aprobación y firma de las iniciativas de ley.

En el dictamen aprobado en la Cámara de Senadores el 27 de abril de 2011, se hace una relatoría de las iniciativas de reforma constitucional en materia política en donde se incluyen las relativas a participación ciudadana. Se da cuenta de las iniciativas que se presentaron ante dicho órgano legislativo, veinte de senadores y/o grupos parlamentarios y la que presentó el titular del Ejecutivo Federal.

¹ Cfr. Zimmerman, Joseph F., *Democracia participativa, el resurgimiento de populismo*, México, Limusa Noriega Editores, 1992, y Quiroga Lavié Humberto, *Derecho Constitucional Latinoamericano*, México, UNAM, 1991, p. 30, en donde se hace referencia a las formas de participación ciudadana en otros países.

² Incluso el Senado contrató al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, quien presentó un estudio completo de Reforma del Estado, página web, IJJ UNAM.

³ Cfr. Ley para la Reforma del Estado (LPRE), artículo 12 DOF, 13 de abril de 2007.

Llama la atención que a pesar de que la Ley para la Reforma del Estado tuvo su origen en la Cámara de Senadores y que se emitió una convocatoria por parte de la Comisión Ejecutiva de Negociación y Construcción de Acuerdos del Congreso de la Unión (CENCA),⁴ para invitar a la sociedad civil a participar en los foros de consulta en el tema Democracia y reforma electoral, en el dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, Reforma del Estado y Estudios Legislativos del Senado de la República, no hacen referencia ni a la ley ni a las propuestas que se hicieron de manera específica en el foro temático.

En el proceso del trámite parlamentario, en la Cámara de Diputados le hicieron diversas modificaciones al contenido de las reformas aprobadas en el Senado, y una vez que fue regresado nuevamente a la cámara de origen, se realizaron nuevos cambios, los cuales se analizarán en los párrafos siguientes.

III. CONTENIDO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

El eje articulador de la reforma constitucional mexicana en materia política en 2012, lo constituye la participación ciudadana en el ejercicio del poder público. Las reformas tienen como eje motriz la exigencia de la sociedad civil para reconocer que los ciudadanos participen en la vida pública no solo mediante la emisión de su voto cada vez que haya una elección, sino que lo hagan de manera más frecuente en el ejercicio del poder público, para transitar de la democracia representativa a la democracia participativa.⁵

Las propuestas de incluir en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) diversas formas de participación ciudadana —de democracia directa— se habían estado demandando por distin-

⁴ La CENCA de acuerdo con el artículo 2o. de la LPRE sería el órgano rector en el proceso de reforma del Estado, integrada por los presidentes de la Mesa Directiva de la Cámara de Senadores y de la Cámara de Diputados, los coordinadores de cada Grupo Parlamentario en ambas cámaras y las presidencias de las Comisiones de Reforma del Estado de las dos Cámaras. En ella podrían participar los representantes del Poder Ejecutivo Federal, así como las presidencias de los partidos políticos nacionales, con derecho a voz, pero sin derecho a voto. De la misma manera, podría participar una representación del Poder Judicial, exclusivamente en cuanto al tema de la Reforma del Poder Judicial.

⁵ Cfr. Boucher, Michel y Palda, Filip, *Ici, le peuple gouverne, Pour un réforme de la démocratie*, Montréal (Quebec) Canada, Collection, Historie et Société, Les Éditions Varia, 2000, pp. 141-171, y Zimmerman Joseph F., *op. cit.*, p. 13.

tos actores como: organizaciones de la sociedad civil, por académicos,⁶ mediante iniciativas de legisladores, sobre todo después la cuestionada elección presidencial de 1988.

El dictamen original de la reforma constitucional en materia electoral, aprobado en el Senado señala que:

La participación ciudadana está en el centro de las propuestas que ahora se someten a consideración de los senadores. Para la formulación de las propuestas de reforma contenidas en el proyecto de decreto, los grupos de trabajo analizaron las contenidas en las iniciativas, las que en diferentes foros han expresado organizaciones de la sociedad civil, especialistas e interesados en el tema y, a través del derecho comparado, las normas constitucionales y experiencias que en otras naciones democráticas se han vivido en estas mismas materias.⁷

Como se puede observar en este párrafo, el espíritu de la reforma se encuentra en reconocer a los ciudadanos el derecho de intervenir directamente en los asuntos de interés público, de tal manera que su participación no se reduzca a la emisión de su voto en cada elección, sino que sea más frecuente en la toma de decisiones ya sea para la creación o aprobación de leyes o para la solución de asuntos de naturaleza política.

1. *Democracia directa*

Con la reforma se crea una figura denominada consulta popular como un derecho de los ciudadanos, ya que se adicionó la fracción VIII del artículo 35 de la CPEUM, para establecer que:

“Artículo 35. Son derechos del ciudadano:

VIII. Votar en las consultas populares sobre temas de trascendencia nacional, las que se sujetarán a lo siguiente...”.

El concepto de consulta popular no es nuevo en nuestro texto constitucional, ya que lo encontramos en el artículo 26 de la CPEUM, que fue adicionado mediante reforma del 3 de febrero de 1983, el cual está circunscrito al sistema de planeación democrática para el desarrollo na-

⁶ Cfr. Muñoz Ledo, Porfirio (coord.), *Comisión de Estudios para la Reforma del Estado, Conclusiones y Propuestas*, México, UNAM, 2011, pp. 127 y 234.

⁷ Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Reforma del Estado y Estudios legislativos del Senado de la República, del 14 de abril del 2011.

cional, como una facultad exclusiva del Poder Ejecutivo, que se regula en la Ley de Planeación⁸ en su artículo 20, ya que hace referencia a la organización de foros en donde participen: organizaciones representativas de obreros, campesinos, pueblos y grupos populares; instituciones académicas, profesionales y de investigación de los organismos empresariales, y de otras agrupaciones sociales, así como de los diputados y senadores del Congreso de la Unión.

A. *Procedimiento para la consulta popular*

El artículo 35 fracción VIII de la CPEUM establece que la convocatoria para una consulta popular deberá ser emitida por el Congreso de la Unión previa petición de cualquiera de las siguientes instancias: el presidente de la República; al menos el 33% de la Cámara de Senadores o de la Cámara de Diputados federales, o de cuando menos el 2% de ciudadanos inscritos en la lista nominal de electores.⁹

Una vez cumplidos los requisitos de la petición para que se lleve a cabo una consulta popular, la convocatoria deberá ser aprobada por la mayoría de las Cámaras del Congreso de la Unión. No se precisa qué tipo de mayoría se requiere, por lo que se infiere que es simple, es decir con el voto de mayoría de los legisladores asistentes a una sesión con quórum.

En el caso de que la petición de la consulta popular provenga de ciudadanos, una vez cumplido el requisito del porcentaje de la lista nominal, no se requiere de aprobación de los legisladores federales, sino que la convocatoria sería automática, obligatoria.

Para que el resultado de la consulta popular sea vinculatorio, se necesita que participe al menos el 40%¹⁰ de los ciudadanos inscritos en la lista nominal de electores y su obligatoriedad será para los poderes Ejecutivo y Legislativo federales y autoridades competentes. Se entiende que una vez aprobada la consulta popular se genera un mandato para los órganos de poder público que tienen deberes y atribuciones legales para su implementación.

⁸ Cfr. DOF del 5 de enero de 1983.

⁹ Sobre las instancias facultadas para solicitar la realización de un referéndum se puede consultar: Hofnung Michèle Guillaume, *Le référendum*, París, PUF, 1987, pp. 25-31.

¹⁰ 10. Respecto de los requisitos para que un referéndum sea vinculatorio se puede consultar: Hamon Francis, *Le référendum, Étude comparative*, París, Editorial L.G.D.J., 1995, pp. 40 y 41.

B. Excepciones a la consulta popular

En todos los sistemas constitucionales que reconocen las formas de participación ciudadana mediante la democracia directa existen restricciones respecto de ciertos temas que no es permitido que se sometan a la decisión de los ciudadanos. En el caso de México, en la reforma constitucional en comento, se establecieron salvedades a la consulta popular tratándose de: derechos humanos reconocidos en la Constitución; los principios consagrados en el artículo 40 constitucional, que aun cuando no los señala el texto de la reforma, estos se refieren a la República representativa, democrática y federal; ingresos y egresos del Estado; seguridad nacional y la organización, funcionamiento y disciplina de la fuerza armada permanente.¹¹

Le corresponderá a la Suprema Corte de la Justicia de la Nación (SCJN) resolver sobre la constitucionalidad de la materia de la consulta, antes de que se emita la convocatoria respectiva por el Congreso de la Unión. Es natural que sobre la petición que se realice para una consulta popular haya discrepancias en cuanto a determinar si la temática se ubica o no dentro de las excepciones que previene la Constitución, y a afecto de dirimir esta controversia se faculta a la SCJN para que resuelva respecto de la procedencia o no de la temática de la consulta.

C. Organización de la consulta popular

La reforma constitucional electoral le confiere al Instituto Federal Electoral (IFE) la organización de las consultas populares, las cuales se realizarían en la misma fecha de las elecciones federales. Lo anterior se entiende en razón de que toda vez que ya existe una institución responsable de organizar las elecciones federales en nuestro país, con recursos materiales, humanos y financieros, sea la misma, la que se encargue de la organización, desarrollo, cómputo y declaración de los resultados de las consultas populares.

La reforma establece que las resoluciones que emita el IFE respecto de las consultas populares podrán ser impugnadas mediante los medios que previene la CPEUM en su artículos 41, fracción VI, que se refiere a las garantías para la protección de los derechos políticos de los ciudadanos, y 99, fracción III, que establece la instancia para promover recursos que en este caso sería el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF).

¹¹ En cuanto a las excepciones para realizar un referéndum se puede consultar: Diémert, Stéphane, *Textes constitutionnels sur le Référendum*, Colección Que sais-Je? PUF, 1993.

En materia de organización y de medios de impugnación, las consultas populares seguirían un procedimiento muy semejante al de una elección federal, ya que sería el IFE quien se encargaría de la parte administrativa y al TEPJF le correspondería la parte jurisdiccional-electoral.

Para complementar la adición de la fracción VI del artículo 35 de la CPEUM en materia de consulta popular, también se modificó la fracción III del artículo 36 del mismo ordenamiento jurídico para establecer que constituye una obligación de los ciudadanos.

a. Diferendo entre las Cámaras de Senadores y Diputados sobre la consulta popular

En el proceso legislativo de reforma política federal mexicana de 2012, se expresaron diferencias notables entre las propuestas aprobadas en la Cámara de Senadores y la posición de la Cámara de Diputados. Es el caso de la incorporación de las formas de democracia directa mediante la consulta popular, la cual desde el dictamen original de la Cámara de Senadores del 27 de abril de 2011, incluía esta adición, sin embargo, en la Cámara de Diputados inicialmente no fue aprobada.¹²

El dictamen del Senado del 14 de abril de 2011 señaló que:

No pasa desapercibido para estas Comisiones Unidas, que la Consulta Popular, se constituye en una institución valiosa para lograr un mejor sistema democrático en México.

Lo anterior es así, en virtud de que de aprobarse la reforma constitucional que se propone, se crearán mecanismos constitucionales, que permitirán la participación de ciudadanos en las decisiones políticas, expresando que sus necesidades y aspiraciones que reclamen, serán satisfechas por el Estado.¹³

Es natural que sobre proyectos de reforma legislativa haya discrepancias entre las cámaras que integran el Congreso de la Unión y que cada una ejerza a plenitud sus facultades, pero resulta necesario destacar que sobre temas relevantes para el avance de la democracia en nuestro país, sí es indispensable que se propicien los acuerdos básicos que demuestren la capacidad de los legisladores federales sobre temas fundamentales para el país.

¹² Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, y de Gobernación Gaceta parlamentaria de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión del 19 de abril de 2012.

¹³ Dictamen del 14 de abril de 2011.

Después de seguir el trámite parlamentario constitucional, finalmente, la Cámara federal de Diputados aprobó la reforma a la CPEUM para incorporar la consulta popular.

D. Consulta popular ¿derecho político individual o colectivo?

La incorporación al texto de la CPEUM de la consulta popular como una forma de participación ciudadana, de acuerdo con los considerandos del dictamen original del Senado se enmarca dentro de las formas de democracia semidirecta: "... Esa figura, como se plantea en el proyecto de decreto, es una variante de otras formas de la llamada «democracia semidirecta», como los son el plebiscito y el referéndum...".

Es importante destacar que aun cuando algunas iniciativas de integrantes de la Cámara de Senadores que se mencionan en el dictamen de la reforma como las de la senadora Martha Leticia Sosa Govea del grupo parlamentario del Partido Acción Nacional, del senador Gabino Cué Monteagudo del grupo parlamentario del Partido Movimiento Ciudadano, del senador Arturo Núñez a nombre de las fracciones parlamentarias del Partido de la Revolución Democrática (PRD), del Partido del Trabajo (PT) y del Partido Movimiento Ciudadano (PMC), propusieron modificar el artículo 41 de la CPEUM para que al contenido actual que dispone que el pueblo ejerce su soberanía por conducto de los poderes públicos constituidos, también se adicionara que lo hace a través de la participación ciudadana.

En los considerandos del dictamen de la reforma constitucional del Senado, no se hace ningún razonamiento sobre este tema, no se explican cuáles fueron los motivos para incluir la consulta popular como un derecho y una obligación ciudadana con una concepción individualista y no como una prerrogativa colectiva, como parte esencial del ejercicio de la soberanía popular, que implicaba adicionar el artículo 41 de la CPEUM, tal y como lo consideran diversos textos en el derecho constitucional comparado como las Constituciones de Francia y Colombia en su artículo tercero respectivamente.

2. Candidaturas independientes

Otra de las novedades de la nueva reforma constitucional electoral, lo constituyen las candidaturas independientes.

La tradición del sistema electoral mexicano en las últimas décadas ha sido la de permitir que solo los partidos políticos que cuenten con regis-

tro legal tienen facultades para registrar candidatos a cargos de elección popular, lo cual ha ocasionado que dichos partidos mantengan el monopolio de las candidaturas para integrar los órganos de representación popular.

En el dictamen inicial aprobado en la Cámara de Senadores, se expuso que:

Las candidaturas independientes, no partidistas, han sido implantadas en muchas naciones democráticas, México ha sido hasta ahora una de las excepciones, aunque el tema ha sido ampliamente abordado desde los más diversos enfoques y con diferentes objetivos. El que estas comisiones unidas recuperan y hacen suyo es el que postula que el derecho de los ciudadanos al voto pasivo, es decir a la postulación como candidato a un cargo de elección popular, debe ser uno de los derechos ciudadanos que nuestra Constitución reconozca, para que sobre esa base el legislador ordinario establezca los requisitos y procedimientos, derechos y obligaciones, que deberán cumplir y podrán ejercer quienes aspiren a un cargo de elección popular por fuera del sistema de partidos.¹⁴

La reforma consiste en una modificación a la fracción II del artículo 35 de la CPEUM, que se refiere a los derechos de los ciudadanos.

El contenido normativo de la reforma es el siguiente:

Artículo 35. Son derechos del ciudadano:

I...

II. Poder ser votado para todos los cargos de elección popular, teniendo las calidades que establezca la ley. El derecho de solicitar el registro de candidatos ante la autoridad electoral corresponde a los partidos políticos así como a los ciudadanos que soliciten su registro de manera independiente y cumplan con los requisitos, condiciones y términos que determine la legislación;

Antes de la reforma, la fracción citada solo aludía al derecho de los ciudadanos a ser votado, pero con la adición al texto constitucional, se precisa que el registro de candidatos a cargos de elección popular le corresponde a los partidos políticos y se incluye ahora a los ciudadanos que lo soliciten de manera independiente.

Para reconocer el derecho de los ciudadanos a ser candidatos independientes en las entidades federativas, se propuso adicionar una parte del inciso e del artículo 116 de la CPEUM.

¹⁴ Dictamen del 14 de abril de 2011.

En el dictamen aprobado en la Cámara de Diputados del 19 de abril de 2012, respecto a este tema, se dejaba en libertad a las legislaturas locales para que a su juicio pudiesen incluir las candidaturas ciudadanas independientes. El contenido de la reforma propuesta por los diputados señalaba que:

Art. 116...

III...

e) Los partidos políticos... En las entidades federativas en que se acepten las candidaturas independientes, sus legislaturas podrán expedir la normatividad que estimen pertinente.

Como se puede observar, el texto aprobado por los diputados, no hacía obligatoria en la normatividad de los Estados el reconocimiento a las candidaturas ciudadanas independientes.

La adición propuesta en la Cámara de Senadores establecía que:

Artículo 116.

III...

e) Los partidos políticos... sin perjuicio de las modalidades para que los ciudadanos puedan ser votados a los cargos de elección popular como candidatos independientes, en los términos y con los requisitos que señalen las respectivas constituciones y leyes electorales.

La propuesta de adición de los senadores, hacía obligatorio para los estados de la federación, incorporar en su normatividad interna las candidaturas ciudadanas independientes, sin embargo, en el texto final de la reforma publicada en el DOF no se incluyó, por lo que solo con base en la reforma a la fracción II del artículo 35 de la CPEUM, queda como un derecho específico para ser candidato ciudadano independiente en las elecciones federales, ya sea para presidente de la República, senador o diputado, y como un derecho general sujeto a que sea incluido en la legislación de las entidades federativas, para ser candidato a gobernador, diputado local o miembro de los ayuntamientos (presidente municipal, síndico o regidor) y para el caso del Distrito Federal para ser candidato a jefe de gobierno o jefe delegacional.

El reconocimiento legal de los candidatos independientes que solicitan su registro sin el apoyo de los partidos políticos para ocupar un cargo de representación popular, ha sido una demanda constante de los ciudadanos ante el descrédito de los partidos y la falta de apertura para postular como candidatos a los ciudadanos sin partido, excepto algunos partidos

que han incluido dentro de sus estatutos la posibilidad postular candidatos externos.

En el desarrollo de la vida política mexicana reciente, encontramos casos de ciudadanos que han solicitado participar como candidatos a cargos de elección popular, sin embargo, por no haber estado previsto en la legislación electoral se les había negado este derecho.¹⁵

El reconocimiento legal a las candidaturas independientes no es un fenómeno novedoso en la normatividad electoral mexicana, ya que el antecedente legislativo de esta forma de acceder a los cargos de representación popular lo encontramos en el estado de Yucatán en donde mediante reforma electoral publicada en el *Periódico Oficial del Gobierno del Estado* el 24 de mayo del 2006, se aprobó que se podrían registrar ciudadanos a cargos de representación popular sin necesidad de ser postulados por los partidos políticos, para ser candidatos a gobernador del estado, diputados locales, y presidentes municipales.

Esta reforma política local, fue confirmada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver las acciones de inconstitucionalidad 28 y 29/2006, con la precisión de que solo era aplicable al estado de Yucatán por haberlo regulado en su legislación interna, pero no era válido para candidaturas federales.

En el texto constitucional solo se consagra el derecho general para los ciudadanos de ser candidatos, y se remite a la legislación reglamentaria, los aspectos de carácter procedimental, como los requisitos para acceder a la candidatura.

3. *Iniciativa legislativa ciudadana*

Otra de las reformas constitucionales-electorales aprobadas, se refiere al derecho que se reconoce a los ciudadanos para que directamente puedan presentar iniciativas de reformas al sistema jurídico mexicano.

Tradicionalmente el sistema constitucional mexicano, había mantenido acotado el derecho de presentar iniciativas de ley (ya sea de rango constitucional o reglamentario) a determinados órganos de representación pública constituidos, como es el caso del presidente de la República, de los legisladores federales (senadores y diputados) y de las Legislaturas de los Estados.

¹⁵ Cfr. Carbonell, Miguel, “Participación política y candidaturas independientes”, *Revista Mexicana de Derecho Electoral*, núm. 1, enero-junio de 2012, pp. 213-224.

En el dictamen inicial de reformas aprobado en la Cámara de Senadores, se expuso lo siguiente:

Asimismo, debe valorarse la propuesta de llevar a la Carta Magna el derecho de los ciudadanos, en el número que establecería la propia Constitución, a presentar ante el Congreso de la Unión iniciativas de ley o decreto. La iniciativa ciudadana ha permitido, en otras experiencias, estimular el interés de la sociedad por el trabajo y las decisiones del Congreso o Parlamento; ha fortalecido la vinculación entre representantes y representados, al propiciar en los primeros una práctica de mayor contacto con sus electores y ha permitido que el derecho de minoría, consustancial a la democracia moderna, encuentre una nueva forma de expresión.¹⁶

Es así, que mediante la adición de una nueva fracción —la VII— del artículo 35 de la CPEUM, se reconoce a los ciudadanos el derecho de presentar iniciativas de ley. La reforma textual es la siguiente:

Artículo 35. Son derechos del ciudadano:

VII. Iniciar leyes, en los términos y con los requisitos que señalen esta Constitución y la Ley del Congreso. El Instituto Federal Electoral tendrá las facultades que en esta materia le otorgue la ley, y

Para complementar el contenido de la reforma, se adicionó la fracción IV al artículo 71 de la CPEUM cuyo contenido es el siguiente:

Artículo 71...

IV. A los ciudadanos en un número equivalente, por lo menos, al cero punto trece por ciento de la lista nominal de electores, en los términos que señalen las leyes.

En el dictamen original de la Cámara de Senadores se exigía como requisito para presentar una iniciativa de ley la solicitud del cero punto veinticinco por ciento de ciudadanos inscritos en la lista nominal de electores, sin embargo, por considerarlo un porcentaje muy alto y para facilitar el ejercicio de este derecho, en la Cámara de Diputados modificaron el porcentaje, para disminuirlo al cero punto trece como quedó en la reforma final.

¹⁶ Dictamen en el Senado, 14 de abril de 2011.

Para reconocer este derecho en las entidades federativas, se adicionó un párrafo a la fracción II del artículo 116 de la CPEUM, para quedar como sigue:

Artículo 116...

II...

Las legislaturas de los Estados regularán los términos para que los ciudadanos puedan presentar iniciativas de ley ante el respectivo Congreso.

De la misma manera, para reconocer este derecho a los ciudadanos del Distrito Federal, se adicionó el inciso o a la fracción V del artículo 122 de la CPEUM, para quedar de la manera siguiente:

Artículo 122...

V...

o) Para establecer en ley los términos y requisitos para que los ciudadanos del Distrito Federal ejerzan el derecho de iniciativa ante la propia Asamblea, y...

Tal y como están redactadas las adiciones tanto para los estados de la federación como para el Distrito Federal, la CPEUM establece un mandato para incluir dentro de su normatividad interna el derecho de los ciudadanos para presentar iniciativas de ley.

IV. REFORMA DE LA PERIFERIA AL CENTRO

Es importante destacar que a diferencia de la inmensa mayoría de reformas políticas que han tenido su origen en el centro del país y que se han replicado en los estados de la federación, en el caso de las distintas formas de participación ciudadana mediante la democracia directa, han sido las entidades federadas de la nación quienes —antes que se incluyeran en la CPEUM— en su gran mayoría ya han sido aprobadas en sus Constituciones locales la incorporación del referéndum, plebiscito e iniciativa popular.¹⁷

¹⁷ Cfr. Gamboa Montejano, Claudia, *Democracia directa: referéndum, plebiscito, iniciativa popular. Derecho comparado*, México, Centro de Documentación y Análisis, Cámara de Diputados, LX legislatura, s/a.

V. REFORMA PENDIENTE Y SU REGLAMENTACIÓN

La incorporación de algunas figuras de participación ciudadana como las que hemos descrito es un avance en el incipiente proceso de democracia participativa en México, toda vez que está pendiente la integración de otras formas fundamentales como la revocación de mandato, el presupuesto participativo y la acción ciudadana de inconstitucionalidad.

El artículo segundo transitorio de la reforma constitucional del 9 de agosto de 2012 estableció que los miembros del Congreso de la Unión deberían expedir la legislación reglamentaria a más tardar en un año; sin embargo ese plazo concluyó el 9 de agosto de este año, por lo que los legisladores federales han incumplido con un mandato del Poder Constituyente permanente y con los propios ciudadanos de México, lo cual en tanto no se expida la normatividad reglamentaria para la participación ciudadana hace nugatorio este derecho de los depositarios originarios de la soberanía popular, quienes deben ser consultados en las decisiones fundamentales de la nación.

Es indispensable que los senadores y diputados federales cumplan a la brevedad posible con el mandato de expedir la legislación reglamentaria en cuanto a la participación ciudadana, de tal manera que haya el marco jurídico que permita abrir los causes de la democracia participativa en México.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LAS DIFICULTADES
EXISTENTES EN LA POLÍTICA Y EL DERECHO
CONSTITUCIONAL ESPAÑOL PARA EL ENTENDIMIENTO
DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL COMO UNA
OPERACIÓN JURÍDICA LIMITADA.
ESPECIAL REFERENCIA A ALGUNO DE LOS PROBLEMAS
PLANTEADOS POR EL ARTÍCULO 168
DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978

Javier RUIPÉREZ*

SUMARIO: I. *A modo de dedicatoria.* II. *El problema de la reforma constitucional en el derecho español anterior a la Constitución de 1978.* III. *Las dificultades de la comprensión de la revisión en el marco de la vigencia de la actual Constitución.* IV. *Consideraciones en torno a la ausencia de cláusulas de intangibilidad y su significado real.* V. *La hipótesis de la reforma total: ¿mera operación jurídica limitada o acto revolucionario?* VI. *La exigencia del referéndum obligatorio como negación de los límites materiales a la reforma, y crítica a esta tesis.*

I. A MODO DE DEDICATORIA

Es para mí un gran honor ser requerido por la Dirección del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, así como por la Comisión Científica encargada por éste para la organización del mismo, para participar en este, por lo demás tan merecido, homenaje académico al doctor Carpizo MacGregor. Honor y satisfacción que, en todo caso, es mayor en tanto en cuanto que el mismo se me hace no en atención a mis posibles méritos académicos y científicos —que, con toda probabilidad, se limitan a mi condición de discípulo del profesor De Vega, que no solo asume que es a él, y en virtud de esas impagables enseñanzas que me ha ido transmitiendo desde aquel ya tan lejano octubre de 1977, cuando inicié mis estudios de

* Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de La Coruña

la Licenciatura de Derecho en la Universidad de Salamanca, a quien debo todos los conocimientos que tengo sobre el Estado, el derecho y la política, sino que, además, no se cansa de reivindicar para su maestro todos los honores (en el sentido usual del término, y no en el que, contraponiéndolo al principio de la virtud política maquiavélica, le atribuía Charles de Secondat)¹ y todos los méritos que sea dado atribuir a una excelente persona que se dedica profesionalmente al estudio científico del Derecho Constitucional—, sino, por el contrario, atendiendo a razones de proximidad y cercanía con el hoy nuestro homenajeado. Lo que, en tanto entran en juego las ideas de amistad y de lealtad, nos sitúa en el ámbito de aquéllos “valores cívicos laicos”, cuya pérdida en la sociedad actual tanto preocupaba, como es, sin duda, bien conocido por todos los que participamos en este volumen, a Jorge Carpizo. Y es, precisamente, porque la invitación se me cursa por este último motivo por lo que, como digo, me siento sumamente honrado y, al mismo tiempo, hartamente satisfecho de que los organizadores del homenaje se hayan acordado de mí.

Me unía, en efecto, a Jorge Carpizo una relación, personal y académica, muy estrecha. Relación ésta que, como he indicado en alguna otra ocasión, responde, de manera inequívoca, a aquello que mi dilecto maestro llama la “amistad histórica”. Lo que, en definitiva, se concreta en que desde el momento mismo en que nos conocimos personalmente —en 1996, cuando tuve el honor de formar parte, en sustitución doctor Valadés, de la Comisión encargada de juzgar la tesis doctoral que, bajo la dirección de Pedro de Vega, presentaba en la Universidad Complutense uno de los sobrinos de Carpizo MacGregor—, nuestro trato fuera el de dos viejos conocidos. Dos viejos conocidos cuya amistad no nacía, ni mucho menos, en aquel momento, sino que venía de antiguo. Más concretamente, del año 1964, cuando, coincidiendo con su primer viaje a México D. F., se inició la amistad entre mi muy querido y admirado maestro y el entonces joven integrante del Claustro del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Desde entonces, además de facilitarme, y de modo innegablemente satisfactorio, el que pudiera ampliar mis conocimientos como estudioso de la Teoría del Estado y de la Constitución —circunstancia que me lleva a incluirle, como no podría ser de otro modo, entre todos aquellos insignes universitarios a los que, de forma directa o indirecta, puedo llamar maestros—, nuestra “vieja amistad” no ha hecho más que profundizarse. Lo que me ha sido especialmente grato. Tanto más cuanto que, con el conocimiento personal y el trato directo, he descubierto, a lo largo de estos años que compartíamos una concepción de la amistad y de

¹ Cfr. Montesquieu, *Del espíritu de las leyes* (1748), Madrid, 1985.

la lealtad muy similares. Comprensión que, estimo, queda perfectamente reflejada en aquel texto de quien, al menos para mí, es el mejor de los poetas españoles contemporáneos, Joan Manuel Serrat, había redactado, en 1973 y con el título de “Para mí amigo”, en honor a un amigo fallecido, y que, a modo de particular homenaje a Jorge, no me resisto a dejar de transcribir:

Puc vendre'm l'ànima al diable // i el cops als demés // i llogar fins la guitarra // par diners // o trencar la meva imatge // com si fos de guix // o jugar-me l'esperança // al set i mig, // però no pas aquest poema // volador i petit. // Gust d'amor, // color magrana // que he escrit per al meu amic. // Ets bo. // Est doç. // Est mascle. // L'alcohol em destruirà el fetge // i les armes la pell, // i el homes el cervell. // Pudreu fullejar el meus somnis, // grapejar el records // i estripar-me plors i versos, // jocs i amors. // Però no pas aquest poema // volador i petit. // Gust d'amor, // color magrana // que he escrit per al meu amic. // Ets bo. // Est doç. // Est mascle. // He tingut sort amb les dones, // que ja és molt tenir, // i a las mans la primavera, // que ja és dir. // He pujat on la neu crema, // he caigut al sot. // Demaneu-me el que vulgeu // que tinc de tot, // però no pas aquest poema // volador i petit. // Gust d'amor, // color magrana // que he escrit per al meu amic. // El bo. // El doç. // El mascle.

Fácil resulta, desde esta perspectiva, comprender que constituía para mí un deber inexcusable el atender la amable invitación que se me hacía para participar en un trabajo colectivo en homenaje al doctor Carpizo. No otra cosa, en efecto, podría yo hacer al recibir el requerimiento por parte del Instituto de Investigaciones Jurídicas, que, por lo demás, y como he dejado constancia escrita en algún otro lugar,² me es tan caro.

En este sentido, he de indicar que, al recibir la invitación, pensé inmediatamente en un problema al que prestarle atención, y proceder, como debiera ser obligado, a la redacción de un trabajo inédito que dedicaría a la memoria de mi buen amigo y tristemente fallecido Jorge Carpizo. Teniendo en cuenta que en nuestra última comunicación, a través del correo electrónico, Carpizo, tratando de contrarrestar mi lamento por la situación a la que el poder ha reducido hoy a la Universidad española: ser una suerte de guardería, en la que se tolera la actuación de los profesores, aunque sean críticos con sus intereses y con los medios que utilizan para satisfacerlos —ya, y haciendo caso omiso de aquel ruego que, en

² Véase Ruipérez, J., “VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (México D.F., 12-15 de febrero de 2002)”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 116, 2002.

1793, hacía Fichte³ a todos los gobernantes europeos, se encargan ellos de que nuestro pensamiento, incluso aunque podamos publicarlo, no llegue a la opinión pública—, en la medida en que entretenemos durante cuatro años a una buena parte de la población joven que, de este modo, no pasan a integrar las listas del paro, me animaba a no darme por vencido y seguir trabajando como si la situación no fuese esa, y, de cualquier forma, ponderando la importancia que tiene el dejar una obra escrita desde el ejemplo de lo sucedido con aquel Heller que se vio obligado a refugiarse en la España de la Segunda República española, en cuanto que último, y desesperado, intento de establecer el régimen de libertad total en Europa,⁴ me vino, inmediatamente, a la cabeza un posible estudio: “La Constitución como realidad constitucional. Consideraciones sobre la vigencia y eficacia de los Textos Constitucionales con motivo del 80 aniversario de la muerte de Heller”. Proyecto éste con el que, además, se daba pleno cumplimiento a la idea helleriana de que todo estudio de Teoría del Estado y de la Constitución tiene siempre, y aunque su redacción parezca responder a una mera especulación teórica, un contenido práctico inmediato.⁵

Y es que aquél no dejaría de responder a uno de los más graves problemas que hoy se plantean en la vida jurídica y política española, y al que deberíamos enfrentarnos los estudiosos del Derecho Constitucional. Problema que, estimamos, no ha de ser muy difícil de comprender. En efecto, en un Estado donde el partido mayoritario de la derecha no cesa en su afirmación de que es menester proceder a llevar a cabo una “segunda transición”; el partido mayoritario de la izquierda, respetando el principio de legalidad, pero violentando el principio de legitimidad sobre el que descansa todo el ordenamiento constitucional hoy vigente, trata, desde la rara especie de “recuerda que estamos en la transición”, de justificar la adopción de cualquier solución normativa contraria a lo expresamente dispuesto en el código jurídico-político fundamental por el Constituyente de 1977-1978; los partidos mayoritarios de ámbito regional, singularmente los adscritos al nacionalismo romántico, espiritual, irracional, mítico y místico⁶ y que encuentran, como todas las fuerzas de

³ Cfr. Fichte, J. G., “Reivindicación de la libertad de pensamiento a los príncipes de Europa que hasta ahora la oprimieron” (1793), en el vol. *Reivindicación de la libertad de pensamiento y otros escritos políticos*, Madrid, 1986.

⁴ Cfr. Ruipérez, J., “Hermann Heller marcha al exilio (un ensayo de teoría del pensamiento político y constitucional”, *Revista de Derecho Político*, núm. 75-76, 2009.

⁵ Cfr. Heller, H., *Teoría del Estado*, México, 1983.

⁶ Sobre éste, y por todos, cfr. Vega, P. de, “El carácter burgués de la ideología nacionalista” (1965/1977), en Vega, P. de, *Estudios político constitucionales*, México, 1987.

éste, en aquel monarquismo constitucional puesto en marcha en la Alemania decimonónica por Stahl, von Bismarck y Treitschke⁷ su principal fuente de inspiración ideológica, niegan, pese no solo a haber participado en todo el proceso constituyente, sino haber desempeñado un papel central en todas y cada una de las fases del proceso de elaboración, discusión y aprobación del actual documento de gobierno, existencia misma de la Constitución —que, en realidad para ellos, y como ha puesto de relieve quien hoy es su máximo consejero áulico, aunque oficioso, solo sería tal si se presentase como un auténtico contrato celebrado entre el rey, en cuanto que soberano de la “España pequeña”, Cataluña y País Vasco,⁸ ya que, según nos dicen, no es el resultado del ejercicio del derecho de autodeterminación, en cuanto que materialización de la teoría democrática del Poder Constituyente del Pueblo,⁹ y cuando, finalmente, desde el diario de mayor difusión se nos asegura que en el Estado español existe un muy grave problema político al que el texto constitucional, cuya misión primordial es, debemos recordar, el conducir de manera adecuada el proceso político democrático en una determinada comunidad política estatal, es incapaz de ofrecer una solución adecuada, evidente, e inconcuso resulta que lo que los constitucionalistas españoles, manteniéndonos, como es por lo demás obligado, en el ámbito de la crítica inmanente (H. Heller, P. de Vega), tenemos que hacer es interrogarnos sobre si el código jurídico-político fundamental del 27 de diciembre de 1978 sigue gozando de una auténtica y real vigencia y eficacia, en el sentido que a este término le otorgó, oponiéndose a la concepción del más radical de los positivimos jurídicos formalistas, Hermann Heller.¹⁰ El problema en modo alguno es insignificante. Piénsese, a este respecto, que si, por las razones que sean —el que haya dejado de existir una identidad entre los principios y valores que fueron consagrados en el documento de gobierno, y haciendo en todo caso abstracción de la cuestión de si los mismos eran los que en aquel momento operaban realmente en la sociedad, o si, como parece desprenderse de las actuales afirmaciones de las fuerzas políticas mayoritarias, no lo eran, por el legislador constituyente de 1977-1978 y

⁷ Cfr. Heller, H., *Las ideas políticas contemporáneas* (1926), Granada, 2004.

⁸ Véase Herrero de Miñón, M., “La Constitución como pacto”, *Revista de Derecho Político*, núm. 44, 1998.

⁹ Sobre este particular, y por comodidad, cfr. Ruipérez, J., “La nueva reivindicación de la secesión de Cataluña en el contexto normativo de la Constitución española de 1978 y el Tratado de Lisboa”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 31, 2013.

¹⁰ Cfr. Heller, H., *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional* (1927), 2a. ed., México, 1995.

los que existen y rigen la vida de los españoles en la actualidad; o que, por el mero transcurso del tiempo, aquél se vea incapacitado para cumplir su misión—, llegamos a la conclusión de que el texto de 1978 ha dejado de estar, si no formalmente, sí desde el punto de vista político-jurídico material, vigente, ello es tanto como afirmar que España carece de un verdadero Código Constitucional. Y no puede olvidarse, en este sentido, que uno de los más acertados asertos de Hegel¹¹ fue, justamente, el que una comunidad política que carece de Constitución solo puede ser entendida como un Estado despótico.

Tal era, como digo, mi intención cuando recibí la invitación para participar en este homenaje al doctor Carpizo. Sucede, sin embargo, que la falta material de tiempo (coincidencia con las clases en el Grado en Derecho y el doble Grado Derecho/ADE, y con la necesidad de atender otra serie de compromisos previamente adquiridos),¹² así como, y sobre todo, por mi actualmente mermado estado de salud (que me obliga a dosificar los esfuerzos), me resulta imposible proceder a la redacción de tal trabajo, al menos en el plazo que se nos daba para entregar el escrito. Imposibilitado para realizar mi inicial proyecto, al que en modo alguno renuncié a dar ejecución en el futuro, hubo de ser cambiado por una tarea que sí fuera factible realizar en tiempo y forma. De esta suerte, lo que me propongo ofrecer en honor de mi buen amigo Jorge Carpizo es una variación de uno de los trabajos que me encontraba redactando cuando me llegó la triste noticia de su fallecimiento, y que todavía continua inédito. Escrito que, por lo demás, trata de una problemática que, además de conectar de manera inmediata y directa con el problema al que antes aludía, había sido objeto de largas conversaciones e intercambio de pareceres entre nuestro homenajeado y yo, sobre todo por cuanto que la misma se plantea hoy en unos términos muy similares en la realidad jurídico-política mexicana y la española. Y sobre la que, como le ocurría a Miguel Hernández con su amigo Ramón Sijé, todavía tendríamos que haber hablado, y, sobre todo, seguir hablando mucho ambos.

¹¹ Cfr. Hegel, G. W. F., *La Constitución de Alemania* (1802-1893), Madrid, 2010.

¹² Véase Ruipérez, J., “¿Podría aprobarse un auténtico texto constitucional para la actual Unión Europea? Un estudio de Teoría del Estado y de la Constitución sobre la moderna Unión de Estados de Derecho Internacional Europea”, texto presentado al XIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, celebrado en Tucumán en septiembre de 2013; “El derecho constitucional a la vivienda y la problemática de su arrendamiento en el Estado social. Un estudio de Teoría del Estado y de la Constitución como ciencia conceptual y como ciencia práctica”, en R. Colina Garea (dir.) *et al.*, *La protección del arrendador como instrumento para dinamizar el mercado de alquiler de viviendas*, Pamplona, 2014.

II. EL PROBLEMA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO ESPAÑOL ANTERIOR A LA CONSTITUCIÓN DE 1978

La, tempranamente denunciada por Alejandro Nieto,¹³ obsesión de la doctrina iuspublicista española por presentar la Constitución —que, en rigor, se presenta como una norma jurídica obligatoria y vinculante para gobernantes y gobernados en la medida en que constituye la expresión normativa de la voluntad soberana del Poder Constituyente (H. Heller, P. de Vega, etcétera)—, como una norma jurídica directamente aplicable por los tribunales, ha determinado que haya terminado por olvidarse que no ha sido tan solo en este punto donde se han verificado históricamente las grandes diferencias entre la tradición jurídico-constitucional estadounidense y la tradición constitucional europea. Es más, cabría incluso afirmar que la anterior divergencia no es, en realidad, más que el lógico y consecuente corolario del resto de las diferencias entre ambos modelos constitucionales.

De cualquier modo, lo que me interesa es indicar que una de las principales disparidades existentes se encuentra, de un modo muy preciso, en el muy diverso modo en que a uno y otro lado del Atlántico se comprendió el instituto de la reforma. Hecho éste que, no obstante, no es hoy debidamente enfatizado como consecuencia, directa e inmediata, de la aceptación incondicional y acrítica de los presupuestos de la *Reine Rechtslehre* y, además, sin tomar en consideración que, en ella, Kelsen¹⁴ pretendía realizar no tanto un estudio del derecho, como de la estructura lógica del ordenamiento jurídico estatal tal y como ésta se presenta desde los esquemas conceptuales derivados de la merkliana *Stufenbautheorie*, que, bien conocido es, el ilustre maestro vienés había elevado a la condición de la más valiosa aportación a la ciencia del derecho. Y es que, en efecto, la anterior divergencia no es más que el resultado de la muy desigual suerte que en uno y otro continente corrió la materialización práctica, y la efectividad real, de los principios que determinaron la aparición histórica de la forma política “Estado constitucional”. Y es que, en efecto, fue tan solo porque en los Estados Unidos de América se hizo real y efectivo

¹³ Cfr. Nieto, A., “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, 1983.

¹⁴ De manera muy particular, cfr. Kelsen, H., *Das problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrecht. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, Tübinga, 1920; *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría pura del Derecho* (1933), Madrid, 2009; *Teoría pura del Derecho. Introducción a la Ciencia del Derecho*, 9a. ed., Buenos Aires, 1970.

el dogma político de la soberanía del pueblo y, en consecuencia, y por decirlo en la conocida expresión de Paine,¹⁵ la Constitución, en cuanto que *Lex Superior*, fue elevada a la posición del soberano, por lo que, como nos dice Arnoult,¹⁶ pudieron los *Founding Fathers* comprender la reforma como una facultad constituyente entendida como una actividad jurídica reglada por la propia Constitución, y cuyo ejercicio, en consecuencia, será llevado a cabo por el legislador de reforma dentro de la propia Constitución y con respeto a la misma (P. de Vega), y, por ello mismo, establecer una serie de materias que no podrían ser objeto de revisión.

Todo lo contrario sucedería en el derecho europeo.¹⁷ Es verdad que también en los procesos revolucionarios liberal-burgueses de finales del siglo XVIII se proclamaron también, y de forma solemne, los principios democrático, liberal y de supremacía constitucional. Debemos, sin embargo, a Bastid¹⁸ la acertada observación de que si bien la proclama formal de estos principios fue igual de intensa que la hecha en la Revolución liberal-burguesa estadounidense, es lo cierto que fue bien otra la fortuna que tuvo la vigencia real y efectiva de los mismos en la Europa de finales del siglo XVIII, todo el XIX y primeros años del XX. De un modo muy concreto, esto se hace meridiano en relación con el principio democrático, cuyas dificultades para adquirir auténtica realidad y entidad determinarían, asimismo, la imposibilidad de la virtualidad de los otros dos principios inspiradores del constitucionalismo moderno. Dificultades que se derivaban de la circunstancia, de naturaleza eminentemente política e ideológica, de que, a diferencia de lo que sucedía en Estados Unidos, el constitucionalismo europeo hubo de construirse desde la confrontación entre las ideas y el principio democrático, cuyo corolario es el dogma político de la soberanía del pueblo o de la nación, y las ideas y el principio monárquico, que conduce a la inequívoca afirmación de la soberanía del monarca. Lo que acabaría condicionando la propia comprensión de

¹⁵ Cfr. Paine, Th., “El sentido común (Dirigido a los habitantes de América)” (1776), en Paine, Th., *El sentido común y otros escritos*, Madrid, 1990.

¹⁶ Cfr. Arnoult, G., *De la revisión des Constitutions. Établissement et révision des Constitutions françaises. Systèmes de révisions des Constitutions étrangères*, París, 1895.

¹⁷ Sobre ello, y por comodidad, cfr. Ruipérez, J., “De la reforma constitucional y sus límites materiales. Consideraciones desde la Teoría del Estado y de la Constitución”, *Teoría y Realidad Constitucional*, num. 30, 2012. Escrito éste que, junto con el que sirve de base para la elaboración de este escrito de homenaje al Doctor Jorge Carpizo, fue, a sugerencia de mi dilecto maestro, Pedro de Vega, objeto de una profunda revisión y ampliación para integrarlo en Ruipérez, J., *Reforma versus revolución. Consideraciones desde la Teoría del Estado y de la Constitución sobre los límites materiales a la revisión constitucional*, México, 2014.

¹⁸ Cfr. Bastid, P., *L'idée de Constitution*, París, 1985.

la *Verfassungsänderung*. El maestro De Vega¹⁹ lo puso claramente de manifiesto cuando escribió que:

Son las exigencias políticas derivadas del principio democrático, y los requerimientos jurídicos emanados del principio de supremacía constitucional... quienes condicionan la aparición del poder de reforma... Naturalmente, cuando esas exigencias y esos requerimientos no se dan en la realidad, por no formar parte de la conciencia social, o cuando el Estado se vertebra sobre supuestos ideológicos distitos, como serían los derivados del principio monárquico frente al principio democrático, la temática de la reforma pierde todo su sentido. A fin de cuentas, es lo que sucedió en Europa... donde la teoría de la constitucional que se elabora a lo largo del siglo XIX y parte del XX se produce sin que, en la práctica, operen las condiciones sociales y políticas que determinaron históricamente la aparición del Estado constitucional. Así las cosas, la reforma constitucional no podría presentarse, ni siquiera como problema teórico, al ser muchas las Constituciones que negaban, como criterio político legitimador, el principio de la soberanía popular.

Si lo anterior nos dice que la problemática de la revisión carecía de sentido en el contexto de los documentos de gobierno, que no auténticas Constituciones, que operaron en lo que los franceses denominaron la “Restauración”, en el constitucionalismo doctrinario y, desde luego, en el marco del monarquismo constitucional —el verdadero anticonstitucionalismo (H. Heller)—, debemos hacer notar que tampoco gozó de una correcta comprensión en las etapas en que se afirmaba el principio democrático como criterio político legitimador, vertabrador y estructurador de la comunidad política. Lo que se debe a esas dificultades a las que se refería Bastid para que este principio lograra una verdadera eficacia. De una manera más concreta, es menester señalar que uno de los motivos principales de que la reforma no pudiera ser entendida como una operación jurídica limitada por la Constitución se encuentra, aunque pudiera parecer paradójico, en la propia formulación de Sieyès. Ciertamente es que corresponde al abate liberal el gran mérito de haber comprendido que la revisión supone el ejercicio de una facultad constituyente y que, como tal, la misma no podía ser desarrollada por el Parlamento ordinario. De esta suerte, Sieyès, como también La Fayette, propuso que la modificación formal del texto constitucional fuese llevada a cabo por una Asamblea especial, cuyos miembros recibi-

¹⁹ Cfr. Vega, P. de, *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Madrid, 1985.

rían de la propia Nación soberana ese poder especial que, como sucedía en el proceso constituyente originario (R. Carré de Malberg),²⁰ les legitimaba para actuar en el ámbito de la normativa fundamental y del que carecen, en cuanto que integrantes de un poder constituido, los representantes del Poder Legislativo ordinario. Con lo que, en primera instancia, se lograba conciliar adecuadamente el principio democrático y el principio de supremacía constitucional. Ahora bien, el problema, como nos enseña el maestro De Vega, se presenta por cuanto que Sieyès, y con él, y en un primer momento, el resto de los revolucionarios liberal-burgueses, y después, y de manera fundamental, los antidemocratas —buen ejemplo de ello son las reflexiones de Royo Vilanova²¹ sobre el texto de 1931—, no alcanzaron a comprender que la actividad constituyente puede ser entendida como una actividad libre, soberana y, como tal, no sometida a ningún tipo de procedimiento jurídico, y cuyo ejercicio solo puede corresponder a la Asamblea Constituyente, y como una actividad jurídica reglada por la propia Constitución, y cuyo ejercicio, en consecuencia, será llevado a cabo por el legislador de reforma dentro de la propia Constitución y con respeto a la misma. La revisión se convertía, de este modo, en una acción soberana y revolucionaria. Y, por ello mismo, el poder de reforma, equiparado al *Pouvoir Constituant* mismo, se presentaba como un sujeto que ejercía un poder soberano, absoluto, e ilimitado en el contenido material de su voluntad, y también, y pese a que se afirmase lo contrario, en el formal, ya que la observancia del procedimiento legal-constitucionalmente establecido para tal fin quedaría siempre, y de manera inevitable, como algo que libremente decidiría ese sujeto soberano.

Sea de ello lo que sea, lo que, aquí y ahora, nos interesa es advertir que España en modo alguno supuso una excepción a esta realidad. Antes al contrario, podríamos muy bien afirmar que fue justamente en España donde los problemas y dificultades que encontró la comprensión adecuada de la reforma adquirieron, por las singulares circunstancias políticas del Estado español, su máxima expresión.

Idea ésta que no ha de ser muy difícil de comprender. En este sentido, bastaría con no olvidar cuál fue el verdadero y auténtico sentido y significación que tuvieron los distintos documentos de gobierno que, en la mayoría de los supuestos como gran programa de gobierno del partido que ocupaba el poder, estuvieron vigentes en nuestro Estado. Si así se hace, es tan solo posible concluir que estamos ante una realidad jurídica y política

²⁰ Cfr. Carré de Malberg, R., *Teoría General del Estado*, México, 1948.

²¹ Véase Royo Villanova, A., *La Constitución española de 9 de diciembre de 1931 con glosas jurídicas y apostillas políticas*, Valladolid, 1934.

en la que no podía plantearse, ni en la teoría ni en la práctica, la problemática de la reforma constitucional. Lo que se explica, y se debe, a que, como, con meridiana claridad, señaló el maestro De Vega:²²

La historia de nuestro constitucionalismo es la historia de una ficción. Ficción que se tolera y se mantiene en la medida en que no pasa de ser un juego y que no adquiere la suficiente autonomía para controlar los efectivos resortes del poder. Porque cuando el constitucionalismo pierde ese carácter ficticio y lúdico —que fue lo que ocurrió en Cádiz en 1812, en 1869 y 1931— las fuerzas conservadoras han de caer sobre él abriendo etapas de dictaduras más o menos encubiertas.

Lo anterior, como es obvio, no podría generar ciertas consecuencias para el problema que nos ocupa. Y, además, lo haría en todos los ámbitos del mundo jurídico-político.

En el ámbito científico, los efectos de que se trataba de un sistema político en él, salvo en los momentos consignados y aun así, con grandes dificultades, no operaban los supuestos inspiradores, vertebradores y justificadores del moderno Estado constitucional, se muestran de un modo evidente e innegable. Piénsese que, debido a lo anterior y que, en consecuencia, no podía plantearse en serio la problemática de la revisión ni siquiera como un problema teórico, la literatura iuspublicista española se caracterizó por el dato de que no prestó la dogmática española del derecho público apenas atención a la problemática de la reforma. Nada de extraño tiene, de esta suerte, el que si exceptuamos los trabajos de Becker, Posada y Pérez Serrano,²³ no podamos encontrar en aquella algún escrito digno de mención y que, en todo caso, haya resistido el paso del tiempo. Al menos, esto era así hasta el fin de la guerra civil.

Hubo de esperarse, aunque pueda parecer paradójico, a la década de 1950 para que el problema de las transformaciones constitucionales comenzase a tratarse desde un punto de vista científico. Lo que sucedió en el singular marco de la Universidad Salmanticensis. Fue, en efecto, la sobresaliente influencia del “viejo profesor” la que determinaría que la problemática de la estática y dinámica constitucionales, se convirtiera

²² Cfr. Vega, P. de, “Constitución y Democracia”, en *La Constitución española de 1978 y el Estatuto de Autonomía del País Vasco*, Oñati, 1983.

²³ Becker, J., *La reforma constitucional en España. Estudio histórico-crítico acerca del origen y las vicisitudes de las Constituciones españolas*, Madrid, 1923; Posada, A., *La reforma constitucional*, Madrid, 1931; Pérez Serrano, N., “El Poder Constituyente” (1947), en Pérez Serrano, N., *Escritos de Derecho Político*, Madrid, 1984, vol. I.

en objeto de atención preferente para todos los integrantes del “Grupo Tierno” (P. Lucas Verdú).²⁴ Y, con ello comenzaron sus integrantes a formular una auténtica Teoría del Estado y de la Constitución, equiparable a la que se estaba formulando en los países de nuestro entorno, y que, aunque obligadamente construida desde la simulación, el cripticismo y el doble lenguaje, pero haciendo suyos los postulados hellerianos sobre el papel que le corresponde jugar al científico de la política y el derecho, no tenía otra finalidad que la de contribuir a la puesta en marcha en España de un régimen de libertad total. Circunstancia ésta que resulta meridiana si se toma en consideración que lo que sucede es, como ha puesto de manifiesto De Vega;

Pero del mismo modo que no se concibe una teoría de la Constitución que no tome como punto de referencia las cuestiones básicas que la reforma suscita, tampoco se concebiría una teoría adecuada de la reforma, en la que no se plantease el significado político y jurídico del propio concepto de Constitución. Hasta cierto punto, y sin hipérbole alguna, se podría sostener que la teoría de la Constitución y la teoría de la Reforma son expresiones equivalentes, en tanto en cuanto los contenidos esenciales de una y otra, son también inexorablemente coincidentes.

Así, nos encontramos con que, respondiendo a un mismo tipo de preocupaciones políticas —que cabe concretar en, por decirlo con De Vega, “la convicción profunda de que el único régimen éticamente defendible, políticamente coherente, y científicamente explicable es el régimen democrático”—, y desde los mismos planteamientos teóricos, se fueron elaborando en el “Seminario Tierno” los escritos sobre la reforma y la mutación constitucionales de Lucas Verdú,²⁵ Morodo²⁶ y Andrino.²⁷ Al mismo orden de preocupaciones científicas y políticas responden también, —y, por ra-

²⁴ Cfr. “La teoría constitucional del profesor Tierno Galván”, *Sistema*, núm. 71-72, 1986.

²⁵ Los trabajos de P. Lucas dedicados a la problemática de los cambios constitucionales, pueden verse, de manera fundamental, en Lucas Verdú, P., *Curso de Derecho Político*. II. *La crisis de la Teoría del Estado en la actualidad. Federalismo y Estado Federal. La Teoría de la Constitución en el marco del Derecho Político*, 2a. ed., Madrid, 1977; *Curso de Derecho Político*. IV. *Constitución de 1978 y transformación político-social española*, Madrid, 1984.

²⁶ Cfr. Morodo, R., “Derecho y realidad: sobre la reforma constitucional y sus límites”, *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 3, 1969; “Las doctrinas políticas sobre la reforma constitucional”, en Tierno Galván, E. y Morodo, R., *Estudios de pensamiento político*, Madrid, 1976.

²⁷ Cfr. Andrino Hernández, M., “Sobre las reformas constitucionales”, *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca*, núm. 10-12 (1956).

zones subjetivas, con mucha más razón, no podría dejar de señalarlo, tanto más cuanto que son, justamente, sus sabias enseñanzas las que sirven de hilo conductor de estas reflexiones—, los estudios que, aunque hunden sus raíces en el momento en que era tan solo un harto brillante estudiante de la Licenciatura de Derecho, viene realizando, desde los años 1960, mi dilecto maestro, Pedro de Vega. Estudios estos últimos que, dejando al margen los trabajos que realizó ya en su estancia en Bolonia, tienen como puntos de referencia capitales, en primer término, la lección magistral que pronunció en el concurso-oposición en el que ganó la Cátedra de Derecho Político de la Universidad de Salamanca, en 1971, todos los escritos en el periodo constituyente sobre este particular²⁸ y de los primeros momentos de la vigencia de la actual Constitución Española,²⁹ para, de forma definitiva, alcanzar su mejor versión con la, ya citada, monografía *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, de 1985, con la que obtuvo el premio “Adolfo Posada”, y que tiene su continuación en la conferencia “La reforma constitucional como defensa de la Constitución y de la democracia”,³⁰ pronunciada en 2006.

Por su parte, las consecuencias del carácter ficticio y lúdico de nuestro constitucionalismo histórico resultarían, como no podría ser de otro modo, todavía más patentes en el ámbito de la práctica jurídica y política. La falta de entidad de los supuestos en los que descansa el Estado constitucional, determinó que, al igual que sucede en todas las comunidades políticas con una escasa tradición constitucional, la clase política española procediera, ya por aceptar las conclusiones que se derivan de la utilización del principio y las ideas monárquicas, ya como consecuencia de la confusión generada por las tesis de Sieyès, a la identificación de la reforma con la revolución. Hecho éste que resulta indiscutible cuando se observa que a lo largo de todo el siglo XIX, cuando los prácticos de la política españoles hablaban de la necesidad de llevar a cabo una revisión, lo que hacían no era, ni mucho menos, proceder a la modificación formal del documento de gobierno en vigor, sino que, por el contrario —y sin

²⁸ Cfr., por ejemplo, Vega, P. de, “La reforma constitucional”, en *Estudios sobre el Proyecto de Constitución*, Madrid, 1978.

²⁹ Cfr., también a título de ejemplo, Vega, P. de, “Comentario al Título X. De la reforma constitucional”, en *Constitución española. Edición comentada*, Madrid, 1979; voz “Reforma constitucional”, en González Encinar, J. J. (ed.) et al., *Diccionario del sistema político español*, Madrid, 1984.

³⁰ Cfr. Vega, P. de, “La reforma constitucional como defensa de la Constitución y de la democracia”, http://www.fundacionjimenezabad.es/imagen/Documentos/2006/20061127_epp_devega_garcia_p_es_o.pdf.

tomar en consideración que la técnica de la reforma es, ante todo y sobre todo, un instrumento fundamental para la defensa del documento de gobierno en vigor (P. de Vega) y no un mecanismo para su destrucción—, a ejecutar la sustitución de éste por uno nuevo. Táctica ésta que, de cualquier forma, fue mucho más frecuente entre los políticos adscritos al antidemocratismo. En efecto, los escritos del catalán Balmes³¹ nos ofrecen un magnífico ejemplo, en el sentido de que, enfrentado a la posible revisión del texto de 1837, y partiendo de la concepción histórico-tradicional de los códigos constitucionales, lo que propondrá no es el que se operen en él modificaciones formales de su articulado, sino su derogación para adoptar un nuevo instrumento de gobierno que declarase, clara y explícitamente, que “El rey es soberano”.

Es menester advertir que si bien es verdad que esta confusión entre *Verfassungsänderung* y destrucción de la Constitución fue, sin disputa, el rasgo más característico de la problemática de la estática y dinámica constitucionales en las etapas que, con el profesor De Vega, podemos llamar de autocracia encubierta, es lo cierto que esta misma falta de un cabal y ponderado entendimiento de la revisión se dejó, también, notar en el que, sin discusión alguna posible, fue el momento más democrático de la Historia de España. Nos referimos a todos aquellos proyectos de reforma que, desde el mismo 13 de octubre de 1931, fue ideando Alcalá-Zamora³² y que, de una u otra suerte, acabarían gozando del apoyo inequívoco de aquel cardenal Herrera Oria que si originariamente se había mostrado como un gran admirador de la estrategia del hitlerianismo para hacerse con el poder en la República de Weimar, sería también partidario de la práctica jurídica y política de éste para, desde el respeto al principio de legalidad y negando el principio de legitimidad, proceder a la aniquilación total del Estado constitucional y su sustitución por el totalitarismo nacional-socialista. Proyectos todos éstos que, en la medida en que venían a negar todos, o al menos la mayoría, de los principios y valores sobre los que cimentaba el régimen de nuestra Segunda República, jamás podrían ser considerados como auténticas reformas, sino, por el contrario, como la perpetración de un auténtico “*fraude à la Constitution*”, en virtud del cual se procedería a “la utilización del procedimiento de reforma para, sin romper con el sistema de legalidad establecido, proceder a la creación de

³¹ Véase Balmes, J., “Reforma de la Constitución”, en Balmes, J., *Política y Constitución*, Madrid, 1988.

³² Véase Alcalá-Zamora, N., *Los defectos de la Constitución española de 1931 seguido de Tres años de experiencia constitucional y de un apéndice con el texto de la Constitución de 1931*, Madrid, 1981.

un nuevo régimen político y un ordenamiento constitucional diferente” (P. de Vega).

Como es conocido, frente a tales pretensiones se posicionaría Azaña en múltiples ocasiones. Entre ellas, merece la pena recordar tan conocidas como no siempre bien entendidas, sentencias del 11 de febrero y del 16 de abril de 1934. En la primera, el político de Alcalá de Henares advertiría que:

La República ante todo; la Constitución está por encima de todos nosotros, republicanos y no republicanos, funcionarios o no funcionarios, políticos o no políticos, pero dentro de la Constitución, y saliéndose por encima de ella, está la República, que es antes que la Constitución. En el orden del tiempo y en el orden político moral, antes que la Constitución está la República, y por encima y antes que la República está el impulso soberano del pueblo que la creó, y si a nosotros se nos va desalojando de posición en posición, iremos a la República y de la República iremos a aquel impulso popular que la trajo, para gloria de España.

En la segunda, el entonces expresidente del gobierno de la República adoptaría una fórmula todavía más contundente y radical: “La Constitución tiene un espíritu y una letra... decimos que lo que nos importa de la Constitución es su fin y su propósito y conocemos que su armadura se hizo para eso, y por encima de la Constitución está la República, y por encima de la República, la revolución”. Expresiones con las que Azaña lejos de llamar a la insurrección, no hacía más que recordar el contenido central del principio democrático, conforme al cual el soberano decide por el principio mayoritario y su voluntad, precisamente por ser la del soberano, se impone a todos, y que Wise³³ había sintetizado en la idea de que, como consecuencia de la celebración del pacto social:

Un Voto o un decreto [la Constitución] debe inmediatamente establecer una particular forma de Gobierno sobre ellos, Y si han convenido en el primer *Compact* una cláusula expresa de que se estará en todo lo concerniente a la forma de Gobierno a la decisión resultante del primer Voto: Todos ellos estarán obligados por la mayoría a aceptar la forma particular así establecida, aun cuando su propia Opinión privada, les incline hacia algún otro modelo.

³³ Cfr. Wise, J., *A Vindication for the Government of the New England Churches. A Drawn from Antiquity; the Light of Nature; Holy Scripture; its Noble Nature; and from the Dignity Divine Providence has put upon it*, Boston, 1717.

III. LAS DIFICULTADES DE LA COMPRENSIÓN DE LA REVISIÓN EN EL MARCO DE LA VIGENCIA DE LA ACTUAL CONSTITUCIÓN

Sea de ello lo que sea, es cierto que el entendimiento de la reforma como instituto de defensa del orden constitucional vigente tampoco mejoraría una vez que fue aprobada y entró en vigor la actual Constitución. Una buena prueba de ello nos lo ofrece la resistencia que la clase política, la clase jurídica y una buena parte de la clase académica ha mostrado a la puesta en marcha del *amending process*. Al menos esto ha sido así durante mucho tiempo. Piénsese, en este sentido, que incluso en 1992 la revisión se hizo única y exclusivamente como consecuencia de que el Tribunal Constitucional descartó la posibilidad de la adaptación del artículo 13.2 a las exigencias del Tratado de Maastricht a través de la *Verfassungswandlung*, y afirmase que la única manera posible de reformar la Constitución de manera válida, lícita y legítima era la misma que se verificará como un supuesto de lo que Schmitt³⁴ denominó “reforma constitucional de la Constitución”, que es, por lo demás, la única que resulta admisible en un sistema de Constitución rígida (Jellinek,³⁵ Carré de Malberg, etcétera), realizada con la observación del procedimiento de reforma previsto en el texto constitucional.

Lo de menos sería detenernos a discutir sobre si esta negativa a la posibilidad de efectuar modificaciones formales en el texto constitucional se debió al muy noble intento —que, aunque sin una prescripción constitucional expresa al respecto, enlazaría con aquella práctica que, como señala, por ejemplo, Barthélemy,³⁶ estuvo muy extendida en los momentos revolucionarios en los que se instauraba un régimen político nuevo y radicalmente distinto al precedente—, de tratar de lograr que la Constitución adquiriera una cierta antigüedad que, a la postre, terminase por generar un “sentimiento constitucional” y una verdadera “voluntad constitucional”, aunque, para ello, hubiera de renunciarse a introducir en ella las modificaciones que fuesen de menester para corregir los errores técnicos que la propia clase política reconocía, o si, por el contrario, lo que aquella negativa traslucía no era más que la precariedad de la vida democrática española y la existencia de un muy escaso sentimiento constitucional que, primeramente y como sucede en todas las comunidades políticas donde esta circunstancia se verifica, tiende a restringir al máxi-

³⁴ Cfr. Schmitt, C., *Teoría de la Constitución* (1928), Madrid, 1982.

³⁵ Cfr. Jellinek, G., *Reforma y mutación de la Constitución* (1906), Madrid, 1991.

³⁶ Cfr. Barthélemy, J. y Duez, P., *Traité de Droit Constitutionnel*, París, 1933.

mo la operatividad de la revisión a la que se contempla con recelo, y que, en definitiva, en el plano histórico se había concretado en el hecho de que, al no ser capaz nuestra clase política de entender que, con la técnica de la *Verfassungsänderung*:

No se trata de que, a través de la reforma, se vulnere la voluntad política del poder constituyente del presente, al cumplir las exigencias del poder soberano del pasado, sino, justamente al contrario, de lo que se trata es de producir por su actuación la integración de la voluntad constituyente (de la Constitución material) en la Constitución formal elaborada en el preterito. Lo que explica que sea en la técnica de la reforma donde terminan por confluir los supuestos políticos y los imperativos jurídicos de lo que, forzosamente, ha de dar cuenta un Derecho constitucional que, consciente de su propio contenido, abarque y considere tanto la realidad política como la realidad jurídico-normativa (P. de Vega).

De aquella proverbial identificación a la que antes aludíamos entre la apertura del proceso de reforma con la derogación del documento de gobierno vigente y su sustitución por otro nuevo. Aunque, no obstante, no podemos dejar de indicar que parece que es esta última alternativa la que más ha pesado en la inicial actitud de la clase política, la académica y la judicial. Es menester recordar que la negativa a la realización de modificaciones formales del texto, incluso en aquellas materias en las que se reconocía la existencia de un grave error técnico en la decisión del Constituyente y que su mantenimiento podría incluso deparar la disolución del cuerpo político mismo, así como la búsqueda de vías alternativas para la verificación de las transformaciones constitucionales deseadas (LOAPA, reforma del Reglamento del Senado, etcétera), y que, en cuanto que implican la utilización de procedimientos subrepticios para operar aquéllas, debieran ser considerados como claramente condenables (P. de Vega), se justificó siempre, y tanto por parte de los profesores universitarios, como por parte de los prácticos de la política y los del derecho, apelando a la idea de que la apertura del proceso de revisión, equiparado en todo al propio proceso constituyente, comportaba, siempre, una serie de riesgos y peligros políticos que, a la postre, se diría, podrían llegar a la derogación de la actual Constitución y su sustitución por otra nueva.

Y así las cosas, lo que debemos preguntarnos es si esta actitud temerosa de los operadores jurídicos y políticos frente a la hipótesis de la reforma, no comportaba, en realidad, un riesgo, como mínimo igual que el que pretendían eludir, para la vigencia efectiva y real del propio código

constitucional (O. Alzaga).³⁷ Riesgo éste que, en todo caso, y desde la más elemental lógica jurídica y política, terminaría por ser mucho mayor que el posible peligro derivado de su modificación. Sobre todo porque, como, con total acierto, indicó Heller, “todo derecho positivo está incuestionablemente sujeto al flujo de la historia; un derecho inmutable significaría tanto como vida muerta”. Téngase en cuenta, a este respecto, que, como, respondiendo, desde una óptica general, a esta justificación para no acudir a la puesta en marcha del *amending process*, advirtió De Vega, que quienes así actuaban parecen olvidar:

Que políticamente toda reforma encierre riesgos para el prestigio y la propia eficacia normativa de la ley fundamental, no implica en modo alguno que las reformas hayan de ser sistemáticamente eludidas. La reforma no debe interpretarse como un capricho político sino como una necesidad jurídica. Por ello, la pregunta... sobre cuándo es el momento oportuno para utilizar el procedimiento formal de la reforma, sólo admite una respuesta: la reforma es siempre políticamente conveniente cuando resulta jurídicamente necesaria.

Es desde esta perspectiva desde donde la amenaza para el mantenimiento, y profundización, del régimen constitucional se muestran de modo incontrovertido. Es menester tomar en consideración que cuando la clase política de un determinado Estado se niega de modo sistemático a la puesta en marcha del procedimiento de reforma, lo que sucede es que al no permitir la modificación formal del documento de gobierno que permita la constante, y deseable, adecuación entre la realidad jurídico-normativa y la realidad política, social y económica subyacente, la Constitución formal quedará obsoleta y, en consecuencia, se verá incapacitada para conducir el proceso político democrático. Pero, además, y en el mismo orden de ideas, no podemos olvidar que lo que la historia nos enseña es que la vigencia real y efectiva de los textos constitucionales se ha visto también seriamente afectada cuando los operadores jurídicos y políticos de la comunidad política, optando por desatender la inevitable dinámica de la vida estatal, han mostrado una radical resistencia a la posibilidad de llevar a cabo reformas. Y ello, por la sencillísima razón de que, en tales supuestos, lo que ha sucedido, siempre y sin excepción, es que se han hecho reales aquellas acertadas observaciones realizadas, por ejemplo, por Bryce³⁸

³⁷ Cfr. Alzaga Villaamil, O., “Entre el santo temor a la reforma de la Constitución de 1978 y la conveniencia de pensar en ella”, en Lamo de Espinosa, E. y Pardo, E. (eds.) *et al.*, *Entre dos siglos. Reflexiones sobre la democracia española*, Madrid, 1996.

³⁸ Cfr. Bryce, J., *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Madrid, 1988.

y Friedrich³⁹ de que, por decirlo con este último, “Todo orden político está sujeto a cambio y a menos que se adopten los medios necesarios para adaptar constantemente a las instituciones que implican valores, intereses, creencias, dicho cambio puede asumir formas de violencia, ya sea esporádica... ya sea total, como es el caso de la revolución política”.

De cualquier modo, lo que nos interesa señalar es que si la entrada en vigor del texto de 1978, y a pesar de que, rememorando *a contrario* el juicio de Mortati sobre la Constitución alemana de 1919, se haya venido afirmando la gran virtud de la actual Constitución en tanto que, se dice, ha sido el único documento de gobierno español que ha sido capaz de crear una verdadera realidad constitucional y, por ende, de generar un cierto sentimiento constitucional entre los españoles, no ha venido acompañada de un ponderado y cabal entendimiento de la *Verfassungsänderung* que, en último término, permitiese comprenderla como una institución básica para asegurar la continuidad de la propia Constitución y no como un medio para destruirla, mucho menos podría hacerlo para solucionar el problema de la existencia, o inexistencia, de límites materiales a la actuación del poder de revisión. En efecto, la entrada en vigor del actual código constitucional, y pese al hecho de que éste se inspira, y trata de hacer realmente efectivos, en los principios democrático y de supremacía constitucional, no ha supuesto que la clase política y jurídico-práctica española pase a comprender que el legislador de reforma es, aunque ciertamente extraordinario en tanto se encuentra legitimado para actuar en el nivel de la ley constitucional, tan solo un poder constituido que, por ello mismo, se encuentra constreñido a desarrollar su actuación en el marco, y con absoluto respeto, de la voluntad del *Pouvoir Constituant* originario. Lo que contrasta con la que ha sido la regla general en todos aquellos supuestos en los que el Estado ha pasado de un régimen autocrático o, como mínimo, autoritario a uno de carácter democrático.

El supuesto alemán nos ofrece un magnífico ejemplo al respecto. En efecto, en modo alguno puede entenderse como algo casual el que fuera en la República de Weimar donde, rompiendo con el criterio del monarquismo constitucional, y pese al silencio que mantenía el texto de 1919 sobre el particular, tanto los prácticos de la política —naturalmente, los que eran partidarios del sistema democrático—, como los estudiosos del Estado, el derecho y la política comenzaran a plantearse la existencia de límites materiales implícitos a la reforma (O. Bühler),⁴⁰ y que, acaso,

³⁹ Cfr. Friedrich, C. J., *El hombre y el gobierno. Una teoría empírica de la política*, Madrid, 1968.

⁴⁰ Cfr. Bühler, O., “Texto de la Constitución alemana de agosto de 1919 y co-

encontró en Heller⁴¹ su más brillante defensor. Como tampoco puede entenderse como algo casual el que, aniquilada por completo, y en muy buena medida gracias a la coartada que le proporcionaba el positivismo jurídico formalista a ultranza,⁴² la Constitución de 1919 por el nacional-socialismo, y terminada la Segunda Guerra Mundial, tanto los prácticos de la política como los teóricos del Estado, el derecho y la política alemanes se esforzasen en afirmar que, como hace, por ejemplo, Hesse,⁴³ la reforma como mera operación jurídica que es y debe ser, está siempre limitada por la propia Constitución que se pretende reformar, incluso aunque no existan cláusulas de intangibilidad.

Que lo anterior es así, es algo que resulta difícilmente discutible. En efecto, cualquier observador de la dinámica política y jurídica española, y ya se trate de algún estudioso del Estado, el derecho y la política o de un ciudadano ordinario, o ya se trate de un ciudadano español o de algún curioso extranjero, puede además constatarlo con toda facilidad y, en todo caso, comprobar cómo aquella circunstancia se ha ido agravando con el mero transcurso del tiempo.

La actitud mantenida por el nacionalismo catalán y vasco constituye, sin disputa, la mejor prueba al respecto. De todos es conocido que a partir de 1993 las organizaciones políticas del conservadurismo catalanista y vasquista se han esforzado por hacer real lo que podemos llamar su programa de máximos. El cual realmente no consiste tanto en el acceso de Cataluña y el País Vasco a la condición de Estados independientes que no habrían de tener ningún tipo de vinculación y relación con el Estado español, cuanto en la puesta en marcha de aquella organización confederativa soñada por Prat de la Riba⁴⁴ que, como unión de comunidades políticas soberanas y libres, se extendería desde Lisboa hasta el Ródano y que, bajo la sabia dirección de catalanes y vascos —de quienes, de conformidad con los presupuestos del nacionalismo romántico, irracional y

mentario sistemático a sus preceptos” (1922/ 1929), en el vol. *La Constitución de Weimar. La Constitución alemana de 11 de agosto de 1919*, Madrid, 2010.

⁴¹ Cfr. Heller, H., “Libertad y forma en la Constitución del Imperio” (1929/1930), y “Metas y límites de una reforma de la Constitución alemana” (1931), ambos en Heller, H., *El sentido de la política y otros ensayos*, Valencia, 1996.

⁴² Sobre este particular, cfr., por todos, y por comodidad, Ruipérez, J., “La Constitución y su estudio. Un episodio en la forja del derecho constitucional europeo: método jurídico y régimen político en la llamada Teoría Constitucional de Weimar”, en León Bastos, C. y Wong Meraz, V. A. (coords.) et al., *Teoría de la Constitución. Estudios jurídicos en homenaje al Dr. Jorge Carpizo en Madrid*, México, 2010.

⁴³ Cfr. Hesse, K., *Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 11a. ed., Heidelberg-Karlsruhe, 1978.

⁴⁴ Véase Prat de la Riba, E., *La nacionalidad catalana* (1906), Valladolid, 1917.

etnicista que, en aquel tiempo, venía defendiendo, e imponiendo en la práctica, el monarquismo alemán (H. Heller) que, de una u otra suerte, tomaban como referencia ideológica (S. Juliá), se predicaba, por parte de ellos mismos, una cierta superioridad sobre el resto de los pueblos ibéricos—, estaba llamada, dando cumplimiento a la que ha sido la regla general del comportamiento de todos los nacionalismos romántico-irracionales y espirituales (P. De Vega), a erigirse en una de las grandes potencias europeas y que, en todo caso, estaba llamada a civilizar a los pueblos inferiores, en el sentido de que, como escribió el político catalán, lograda la desintegración del viejo Estado español:

Será hora de trabajar para reunir a todos los pueblos ibéricos desde Lisboa hasta el Ródano dentro de un solo estado, de un solo imperio; y si las nacionalidades españoles recientes saben hacer triunfar este ideal, saben imponerlo como la Prusia de Bismarck impuso el ideal del imperialismo germánico, podrá la nueva Iberia elevarse al grado supremo de imperialismo: podrá intervenir activamente en el gobierno del mundo con las otras potencias mundiales, podrá otra vez expansionarse sobre las tierras bárbaras y servir a los altos intereses de la humanidad guiando hacia la civilización a los pueblos rezagados e incultos.

No hace falta realizar un hercúleo y sobrehumano esfuerzo intelectual, para comprender que la ejecución de este programa de máximos del catalanismo y el vasquismo requiere, de manera ineludible, la consecución de dos condiciones previas para su hipotética culminación definitiva. La primera de ellas, el reconocimiento de que, a diferencia del resto de las comunidades autónomas que, como partes integrantes de un Estado políticamente descentralizado, solo pueden —como afirmó correctamente Friedrich⁴⁵ y, de algún modo, se aceptó en la STC 4/1981—, presentarse como titulares de derechos de autonomía, Cataluña y Euzkadi se configuran como sujetos soberanos, de alguna forma independientes y, en todo caso, miembros, por ellos mismos, de la comunidad internacional. De ahí, justamente, el que, de manera absolutamente infundada, defiendan que, pese a que el Constituyente rechazó tajantemente positivizar el *ius secessionis* y que, además, y como, con total contundencia y acierto, han señalado, entre otros, Kelsen y La Pergola,⁴⁶ es tan solo la constitucionalización de

⁴⁵ Cfr. Friedrich, C. J., *Tendances du fédéralisme en théorie et en pratique*, Bruselas, 1971.

⁴⁶ Cfr. Kelsen, H., *Teoría general del Estado*, 15a. ed., México, 1979; La Pergola, A., “La Confederación. 2. La forma moderna: «el federalismo y sus contornos»”, en La Pergola, A., *Los nuevos senderos del federalismo*, Madrid, 1994.

éste lo que haría que la posibilidad de su ejercicio pudiera comprenderse como una hipótesis válida, lícita y legítima, Cataluña y el País Vasco son titulares del derecho de secesión y que, dada su condición de sujetos soberanos, pueden ejercerlo en cualquier momento. La segunda, por su parte, se traduce en su empeño, por lo demás constante en su actuación histórica, en que se reconozca que una y otra colectividades se encuentran en una situación de total y absoluta igualdad con el Estado español, tanto en el plano internacional como en el orden político-jurídico interno.

De todos es conocido que, contando con la cobertura pseudo-científica que les presta el más conspicuo defensor del principio y las ideas monárquicas en la España actual (M. Herrero de Miñón), y apelando a la idea —claramente tributaria de aquella tesis que, partiendo de las especulaciones tanto de von Gierke como de Jellinek, había puesto en circulación Preuss y que habían acabado por convertirse en el contenido nuclear de la teoría y la práctica del sindicalismo revolucionario en el periodo entre guerras y su concepción descentralizadora del Estado, y que con tanta razón había criticado Heller—, de los derechos históricos comprendidos como fundamento último, junto, en el mejor de los casos, con la Constitución, del autogobierno del que gozan en la actualidad Cataluña y Euzkadi —pretensión ésta que si bien había sido rechazada, de modo tan contundente como correcto, por nuestro custodio constitucional en la STC 103/2008, de 11 de septiembre, ha terminado, sin embargo, y desdeñando las enseñanzas que se derivan de la antes aludida crítica de Heller, y que, en última instancia, se concretan en que el autogobierno de las colectividades particulares del Estado federal no puede invocar otro fundamento, ni puede hallar otra justificación, que la de la voluntad soberana del Poder Constituyente originario, por ser aceptada por éste en la STC 31/2010, del 28 de junio, en la que, en su empeño por salvar la constitucionalidad del Estatuto catalán de 2006, propondrá que los derechos históricos deben ser interpretados no como reflejo de la situación de la que gozaba Cataluña en el momento de la creación del Estado español y que, por ceder a las pretensiones del monarca absoluto (F. Pi y Margall, M. Azaña), se mantuvo hasta el acceso al trono de Felipe V, sino al acceso al autogobierno bajo la vigencia de la Constitución de 1931—, no encontrarán obstáculo alguno las fuerzas del catalanismo y vasquismo para que sus reivindicaciones, diga lo que diga la actual Constitución, puedan verse satisfechas. Es más, lo que ocurre es que, admitiendo que el reconocimiento constitucional de la soberanía de Cataluña y el País Vasco, así como la de su pretendida titularidad de un *ius secessionis*, que tratan de justificar por la condición de éste de derecho humano, tiene un muy

mal encaje en el marco de un texto que proclama que, por un lado, “La soberanía nacional reside en el Pueblo español”, y, por otro, y recogiendo el espíritu de las enmiendas presentadas por los diputados Fraga Iribarne y Carro Martínez favorables a la consagración de una cláusula de intangibilidad en tal sentido —propuesta que, sin embargo, fue rechazada, pero que no por ello permite afirmar que, aunque siempre condicionado por aquel carácter temporal e históricamente cambiante de la voluntad del soberano a la que ya se había referido, por ejemplo, Rousseau,⁴⁷ la unidad del Estado español no es un límite material absoluto para la actuación del poder de reforma, y que por ello mismo únicamente podría ser derogado por la actuación de un nuevo *Pouvoir Constituant* como sujeto fáctico, político existencial, revolucionario que se define por ejercer un poder absoluto, soberano e ilimitado en el contenido, formal y material, de su voluntad—, que “La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles”, lo que el nacionalismo conservador catalán y vasco nos proponen es que se realice una “segunda lectura”, “relectura”, “interpretación generosa” o “interpretación en sentido positivo” de los artículos 1.2 y 2o., a través de las cuales, y dando a estos preceptos un sentido y una significación que realmente no tienen y que, además, resulta claramente incompatible con los que les quiso atribuir el Constituyente, hagan viables sus pretensiones. Interpretación generosa, o en sentido positivo, ésta que, ni que decir tiene, solo podría tener lugar desde la plena, total e incondicionada aceptación de la comprensión de las modificaciones no formales de la ley constitucional mantenida por la vieja Escuela Alemana de Derecho Público, en cuyo marco resulta imposible diferenciar los posibles supuestos de *Verfassungswandlung*, que, como facultad constitucional que se desarrolla dentro de la Constitución y, en todo caso, con respeto a la voluntad del Poder Constituyente originario, ha de entenderse siempre como una operación válida, lícita y legítima, y los supuestos de *faussement de la Constitution*, que, en cuanto transgresiones del orden constitucional, han de considerarse siempre, como prácticas inaceptables en el marco de un Estado constitucional democrático.

No es éste, y siquiera sea por razones de espacio, el momento oportuno para detenernos a discutir sobre la viabilidad o inviabilidad del proyecto que, respondiendo a su programa de máximos, defiende hoy, y sobre todo desde 2003, el catalanismo y el vasquismo, ni sobre la validez o invalidez de las modificaciones no formales de la actual Constitución propuestas

⁴⁷ Cfr. Rousseau, J.-J., *Du Contrat Social ou principes de Droit Politique* (1762), París, 1966.

por aquellas organizaciones políticas y que han encontrado una cierta cobertura intelectual con los escritos de Herrero de Miñón en su condición de político práctico conservador y de jurista que actúa desde el principio y las ideas monárquicas. De ello me he ocupado ya en algún otro lugar, y allí me remito.⁴⁸ Aunque, no obstante, no quisiera dejar de señalar que para mí, y porque parto de la lógica que se deriva del principio y las ideas democráticas, la única conclusión a la que puede llegarse es que, por muy legítimas que sean sus aspiraciones en el plano ideológico, y que por mucho que, en tanto que el régimen democrático se define, como, entre otros, ha señalado Kelsen,⁴⁹ desde la idea de “Democracia —se ha dicho con todo acierto, es discusión”, estén siempre legitimados para defenderlas en el orden político, las pretensiones del vasquismo y del catalanismo conservadores no resultan factibles en el marco de la Constitución de 1978, y al menos mientras se afirme la vigencia real y efectiva de ésta.

Lo que nos interesa es que frente a cualquier objeción que se formule a sus pretensiones de transformar el orden constitucional actual a través de modificaciones no formales del texto, las fuerzas del nacionalismo romántico, espiritual, conservador catalán y vasco han ofrecido siempre la misma respuesta. Respuesta que, aunque con distintas formulaciones, se concreta en la siguiente proposición: el hecho de que la Constitución atribuya la soberanía al conjunto del pueblo español, y, en consecuencia, haga imposible la consideración de que la soberanía en España pertenece al rey, como representante de lo que se ha dado en llamar la “España pequeña”, a Cataluña y al País Vasco, por un lado, o que el Constituyente de 1977-1978 hubiera consagrado la unidad del Estado y que, además, la proyecte hacia el futuro, por otro, no puede entenderse como un límite absoluto e infranqueable que hiciera inviable el reconocimiento, y por la vía que sea, de la condición de sujetos soberanos de las comunidades catalana y vasca, o de su derecho a secesionarse, en cualquier momento, y de manera unilateral, del Estado español. Y, en su opinión, esto es así por cuanto que, a tenor de lo dispuesto en su título X, la Constitución puede ser reformada.

No hace falta ser en exceso perspicaz para darse cuenta de que, de modo involuntario e inconsciente o de forma voluntaria y plenamente

⁴⁸ Cfr. Ruipérez J., “Estática y dinámica constitucionales en la España de 1978. Especial referencia a la problemática de los límites a los cambios constitucionales”, en Roura, S. y Tajadura, J. (dirs.) *et al.*, *La reforma constitucional. La organización territorial del Estado, la Unión Europea y la igualdad de género*, Madrid, 2005.

⁴⁹ Cfr. Kelsen, H., “Forma de Estado y visión del mundo” (1933), en Correas, O. (comp.), *El otro Kelsen*, México, 1989.

consciente, lo que el nacionalismo conservador catalán y vasco hacen es repetir los argumentos que en el periodo de la transición política habían utilizado los llamados “aperturistas” o “reformistas” dentro del *stabilisment* franquista que, olvidándose de la verdadera esencia del instituto de la *Verfassungsänderung* y que, en rigor, una tal operación se presentaría como un indiscutible y manifiesto supuesto de fraude constitucional (P. de Vega), defendían la posibilidad de operar el tránsito del totalitarismo a la democracia constitucional desde el más puro respeto a la legalidad franquista. Nos referimos, claro está, al que, con De Vega,⁵⁰ podemos llamar “reformismo conciliador” que:

Frente al continuismo más intrépido y reaccionario, la postura de la reforma entiende que es absolutamente necesario proceder al desmantelamiento jurídico-institucional del régimen... Frente a la tesis de la ruptura democrática considera... que no es obligado apelar a la apertura de un proceso constituyente para dotar al país de un ordenamiento constitucional operativo y democrático. Para ello, bastaría con recurrir a una vieja técnica jurídica, recogida también España (artículo 10 de la Ley de Sucesión), como es la técnica de la reforma constitucional.

No es menester dedicar mucho espacio a explicar la causas del porqué se produce esta coincidencia entre el reformismo conciliador y las actuales fuerzas del nacionalismo romántico-espiritual conservador catalanista y vasquista. Las mismas han de ser evidentes para todos aquellos estudiosos del derecho, la política y el Estado que, siguiendo la feliz orientación helleriana y devegiana, entienden que porque toda solución normativa, y toda propuesta de la misma, responden a una determinada concepción política que la inspira, no es posible obtener una ponderada y cabal comprensión del derecho constitucional vigente en un Estado prescindiendo de las ideas políticas y constitucionales. Quien así actúe, no tendrá, en efecto, ninguna dificultad para descubrir que el motivo de la coincidencia se encuentra en el hecho de que unos y otros niegan el dogma político de la soberanía del pueblo, conforme a la cual los hombres, en su condición de ciudadanos de una determinada comunidad política que es, y solo puede ser, creada por ellos, no solo son capaces de gobernarse a sí mismos, sino que, además, se presentan como el único sujeto legitimado para decidir sobre los modos y las formas en que van a ser gobernados en el futuro y cuyas decisiones

⁵⁰ Cfr. Vega, P. de, “Tendencias y problemas del constitucionalismo español actual”, <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/712/22.pdf>.

soberanas, precisamente por ser tales, se imponen y han de ser observadas por todos, incluidos, y sobre todo, los gobernantes, en la medida en que en el marco de un Estado que se apoya en la soberanía popular, y no en la del gobernante propia del absolutismo y de las autocracias, éstos ejercen tan solo una representación magisterial que:

Debe concebirse, en su duración y aun en sus decisiones independientes como una institución subordinada al pueblo. En la democracia contemporánea, la subordinación jurídica de los representantes ha alcanzado un grado altísimo, que nos obliga a hablar de la supremacía del pueblo como unidad sobre el pueblo como pluralidad. De esta manera, queda excluida cualquier forma de soberanía de los órganos estatales y, al mismo tiempo [y de un modo bien diferente a lo que pretendía el monarquismo constitucional alemán, que, no lo olvidemos, es el que subyace en la actuación de los partidos nacionalistas conservadores de ámbito regional], quedan identificadas la soberanía del pueblo y la soberanía del estado (H. Heller).

Que el totalitarismo fascista, del que el franquismo no era más que una mera variante, niega la teoría democrática del Poder Constituyente del pueblo es algo que nadie puede negar. Heller⁵¹ se encargó de ponerlo claramente de manifiesto, así como el que los partidarios del totalitarismo fascista acudieron muy gustosamente a todo aquel aparato conceptual del más radical de los positivismos jurídicos formalistas, que es el que, al servicio de los intereses de aquel monarquismo constitucional con el que se pretendía operar la vuelta a los esquemas políticos del absolutismo, fue puesto en circulación por la Escuela Alemana de Derecho Público y que, bien conocido es, había sido elaborado partiendo del principio y las ideas monárquicas, para su definitiva aniquilación fáctica.

Tampoco, y desde el mismo orden de consideraciones, es discutible que el vasquismo y el catalanismo conservador, en cuanto que movimientos claramente antidemocráticos, sentían en su origen la misma aversión a la soberanía del pueblo que había sentido su muy admirado von Bismarck cuando puso en marcha el modelo de la monarquía constitucional con la que, como advierte Heller, se operaba un retroceso de al menos tres siglos en la evolución del pensamiento político. Lo que, acaso, pudiera discutirse es si esa enemiga sigue definiendo la actuación de aquéllos. Planteado en tales términos el debate, nos encontramos con que la

⁵¹ Cf. Heller, H., “Europa y el fascismo” (1929), en Heller, H., *Escritos políticos*, Madrid, 1985.

respuesta a este último interrogante ha de ser contestada de una manera claramente positiva. Y ello, por la sencillísima razón de que no otra cosa cabe entender cuando, en aquellos trabajos elaborados para tratar de satisfacer los intereses del nacionalismo conservador de ámbito regional, el monárquico Herrero de Miñón afirma que uno de los más grandes obstáculos que existen para entender la Constitución en general, y la española de 1978 en particular, se encuentra en el dato de que las grandes teorías del Estado y de la Constitución del siglo XX, debidas a que las concepciones normativistas y decisionistas, se empeñaron en conceptualizarla desde:

La noción de soberanía como poder supremo, absoluto e indivisible; de decisión soberana del constituyente que cristaliza en una norma suprema... Tanto normativismo como decisionismo son vías erróneas para explicar lo que una Constitución es... Son caminos erróneos porque errónea es su raíz: la noción de soberanía como un poder incondicional, ilimitado, absoluto... A mi juicio, hay que desandar el camino más andado y volver a los orígenes, volver a la encrucijada donde se tomó el mal camino para encontrar otra vía. Hay que llevar a cabo una destrucción heideggeriana de la interpretación decisionista y normativista de la Constitución, para concluir que la Constitución en general y la Constitución española en particular, es un pacto, un gran pacto de Estado, y como tal pacto ha de ser interpretada... Efectivamente, si a través de esa destrucción heideggeriana se diluye la costra de tópicos... que se han construido en torno al normativismo y decisionismo, encontramos que, bajo la norma, lo que existe es un pacto, un compromiso. Lo es así históricamente, desde los viejos tiempos en que se acuñara la célebre expresión romana según la cual *Lex est communis reipublicae sponsio*, frase que... ha llegado a constituir... la esencia del constitucionalismo. Sin consentimiento de las partes, no existe ley... Pero siempre cabrá preguntarse por lo que hay debajo de esa decisión. Y resulta que debajo de la decisión también nos encontramos con el pacto y el compromiso. Porque ni en la Ciudad Antigua, ni en la moderna sociedad industrial o postindustrial existe una unidad política homogénea e indivisa.

No ha de resultar complicado de comprender que porque se trata de la misma pretensión, y que, además, es idéntico el fundamento al que se recurre para justificarla, sean también iguales los interrogantes que suscitan al constitucionalista tanto lo propuesto en su día por el reformismo conciliador, como lo que en nuestros días defiende el nacionalismo conservador catalán y vasco. Esto es, lo que ocurre es que si en relación con la transformación jurídica y política propuesta por el reformismo franquista,

el profesor De Vega, con la claridad, rigor y brillantez que siempre le han caracterizado, pudo escribir que “planteado el problema en su dimensión más neta y contundente, la pregunta que se nos impone y a la que es constrictivo dar algún tipo de respuestas es: ¿Puede desde el horizonte del jurista servir la reforma constitucional en España como solución de tránsito de un régimen no democrático a un régimen democrático?”, podemos, y debemos, nosotros también plantearnos hoy la cuestión de si, como defienden los prácticos de la política adscritos al nacionalismo romántico espiritual y conservador de ámbito regional, y, por lo demás, es admitido por algunos teóricos del derecho y de política, puede servir la técnica de la revisión constitucional, que, en última instancia, siempre ha de concretarse en una operación jurídica que se realiza dentro de una determinada ley constitucional y que, en todo caso, solo puede reputarse legítima, lícita y válida cuando se lleva a cabo con el más absoluto respeto a lo ordenado por el *Pouvoir Constituant* originario, para operar el tránsito del actual estado de las autonomías, que es una comunidad política única, a aquella “organización federativa” soñada por Prat de la Riba, la cual, en la medida en que no pasaría de ser una unión de Estados soberanos, solo podría ser entendida como un supuesto de *Staatenbund* que, como tal, estaría regida no por una Constitución, sino por una norma jurídica que tendría, obligadamente, un inequívoco carácter internacional o interestatal.

Lo de menos sería detenernos aquí a discutir sobre la idoneidad o inidoneidad política de las propuestas del nacionalismo conservador catalán y vasco para la adecuada ordenación de las relaciones entre los diversos pueblos ibéricos. Problema éste que excede el campo de acción del estudio de Estado, la política y el derecho, en la medida en que la respuesta que se le dé tiene tan solo un carácter político-ideológico. Lo que nos ha de interesar, sobre todo en el marco de un escrito sobre la *Verfassungsänderung*, es tan solo el resolver el problema de si una tal transformación podría o no hacerse y presentarse como una operación jurídica válida, lícita y legítima, en el ámbito de vigencia de la Constitución de 1978, que cierra la puerta a cualquier hipótesis del ejercicio del derecho de secesión.

En este último sentido, es menester señalar que también en este punto va a producirse la coincidencia entre las tesis amparadoras de las pretensiones del reformismo conciliador de la transición y las que hoy se formulan en defensa de los intereses del catalanismo y vasquismo conservadores. En efecto, tengo para mí que siguen gozando de total actualidad las palabras que, en su momento y desde la lógica del Estado constitucional democrático, dirigió el maestro De Vega a las aspiraciones del reformismo conciliador. Me refiero, en concreto, a sus asertos de que:

Efectivamente, desde el ángulo político, observamos con frecuencia los más peregrinos argumentos utilizados con eficacia para nutrir y dar prestigio a toda clase de ensoñaciones ideológicas. Nada tiene de sorprendente... que en ese cúmulo de apelaciones ideológicas peregrinas se recurra con éxito... a la argumentación jurídica... La cuestión estriba en si, desde los imperativos y el rigor que la ciencia imponen, el científico del derecho, desde su campo de acción intelectual, considera justificable o no hablar en España de reforma constitucional... Para un positivismo decadente y sombrío la respuesta sería obvia... A tenor de esta disposición [se refería De Vega al art. 10 de la Ley de Sucesión, y hoy se trataría del Título X del Texto de 1978], donde se reconoce la posibilidad de la reforma y el procedimiento de la misma, ese positivismo decadente, elemental y sombrío —y que en España tiene adeptos por doquier— nos diría que, puesto que la reforma está en la ley, es perfectamente legítimo hablar de ella.

Así como el que los “juristas que debemos tener un gran respeto por la legalidad, debemos igualmente tener el ojo avizor para no caer en las trampas que pudiera tendernos. Muchas veces, es lo cierto, nos movemos entre fantasmas. Pero lo que no podemos nunca es convertirnos en empresarios de la fantasmagoría”.

Sea de ello lo que sea, lo que ha de retenerse es que, porque, en absoluta coherencia con los presupuestos político-ideológicos que sirvieron de base para su aparición histórica y, además, en lógica consecuencia con las concepciones jurídicas que servían de apoyo a aquél modelo, se parte de la más radical, total y absoluta negación del principio democrático, el nacionalismo conservador catalán y vasco admitirá tan solo la existencia de los límites formales. Esto es —y aunque ello no deja de encerrar una evidente contradicción en tanto que los límites formales no son más que la lógica y obligada consecuencia de la supremacía constitucional, y que ésta tan solo adquiere auténtica entidad y realidad cuando, como ha puesto de manifiesto el doctor De Vega, su eficacia real se presenta como el resultado de la transformación del dogma político de la soberanía del pueblo en el principio jurídico de la supremacía de la Constitución—, las fuerzas partidistas del catalanismo y vasquismo conservadores, así como todos aquellos juristas, teóricos y prácticos, que ponen todo su ingenio al servicio de éstos, afirmarán que el único límite que puede encontrar en su actuación el legislador de reforma será el que, de acuerdo con las concepciones formalistas del positivismo jurídico más radical, se deriva de su obligación de observar el procedimiento previsto en el texto vigente para llevar a cabo su modificación formal.

Interesa, sin embargo, advertir que cuando el nacionalismo conservador vasco y catalán nos dicen que toda revisión ha de realizarse ateniéndose a estos límites formales, aquéllos, a diferencia de lo que suele ser común en el marco de la Teoría del Estado y de la Constitución, no están pensando tan solo en que el poder de reforma haya de dar plena satisfacción a todas las exigencias y requerimientos procedimentales que el Constituyente estableció en los artículos 167 y 168. Esto, para ellos, es un requisito indispensable e ineludible, pero en modo alguno suficiente para la válida aprobación de la reforma. Y es que, desde su singular concepción de la comunidad política en general, y del Estado políticamente descentralizado en particular, además de la más absoluta y escrupulosa observancia de los trámites procedimentales establecidos en aquellos preceptos, de la consecución de las mayorías parlamentarias en ellos consignadas y, por último, y en su caso, obtener el voto favorable a la modificación formal propuesta de la mayoría simple del cuerpo electoral en su conjunto en un referéndum que es obligatorio en el caso del *amending process* agravado previsto en el artículo 168, y facultativo en el caso de las reformas parciales ordinarias a las que se refiere el artículo 167, que, en su opinión, y a pesar de la participación que catalanes y vascos, como componentes del Pueblo español, tienen en dichos procedimientos, no representaría más que la voluntad unitaria de la “España pequeña”, entendida como una de las partes del llaman “Reino de España”, para que la reforma sea válida, lícita y legítimamente aprobada es menester que se cumpla con un requisito más. Requisito que se concreta en que todo proyecto de reforma ha de ser aceptada por Cataluña y Euzkadi en su condición de sujetos distintos y contrapuestos tanto a la “España pequeña”, como al “Reino de España”.

Para cualquier jurista que no reduce la comprensión del derecho constitucional al mero aprendizaje memorístico de los preceptos constitucionales, ni al conocimiento acrítico de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, ha de ser evidente que tal propuesta —que, por lo demás, y en tanto en cuanto supone la puesta en marcha de un *amending process* clara e indiscutiblemente distinto del que fue diseñado con carácter previo por el Constituyente de 1977-1978, se presenta ya como una alternativa inaceptable desde los más rígidos esquemas del positivismo jurídico kelseniano—, encierra una pretensión que va mucho más allá que la de la mera transformación por la vía de la interpretación del procedimiento legal-constitucionalmente previsto con carácter previo para la realización de cualquier modificación formal del texto. En efecto, lo que sucede es que el nacionalismo conservador catalanista y vasquista

enlaza, de un modo directo, aunque sin reconocerlo expresamente, con la concepción del Estado federal de Calhoun. Y lo hace, en todo caso, para tratar de obtener el mismo resultado al que aspiraba el político de Carolina del Sur cuando, como nos enseña La Pergola,⁵² a pesar de que tal opción fue rechazada en la Convención de Filadelfia, se empeñaba en introducir, por la vía de la interpretación, la exigencia de la aceptación unánime de los miembros para la válida aprobación de cualquier revisión de la Constitución federal como mecanismo idóneo para asegurar que las colectividades-miembros mantendrían el *status* de Estados soberanos y, en consecuencia, aparecerían como titulares de un derecho de secesión que podrían ejercer en cualquier momento.

El modo en que se justifica este nuevo requerimiento, no puede ser, en verdad, más simple. Y fue el monárquico Herrero de Miñón quien se encargó de llevar a cabo tal tarea, en cuyo análisis conviene detenerse.

Punto de partida de toda la construcción de Herrero es, de modo incuestionable, la concepción antidemocrática del Estado puesta en circulación por el monarquismo alemán de los Stahl y Treitschke, conforme a la cual los monarcas son anteriores y superiores a la propia comunidad política que ellos crean y gobiernan, y esta última es siempre, y de manera inevitable, anterior y superior a los individuos que habitan en ella. Que ello sea así, resulta fácilmente comprensible. Ha de tomarse en consideración que fue esa concepción de la comunidad política la que, a la postre, informó aquella idea, defendida ya por Jellinek⁵³ que tanto influjo ejerció en el más conspicuo defensor del principio y las ideas monárquicas en la España actual y que, en todo caso, tan oportuna resulta para la hipotética materialización del programa de máximos de las organizaciones partidistas del nacionalismo romántico, irracional conservador. Nos referimos a su tesis conforme a la cual, porque los *Länder* son anteriores al Imperio, sucede que las colectividades-particulares eran en el momento de la fundación del Estado alemán de 1871 titulares de un “poder originario de mando”, esto es, de unos derechos de soberanía, que ha de ser respetado en la medida de lo posible por la Constitución federal.

Ahora bien, no puede olvidarse que, en la medida en que la puesta en práctica real del Estado del constitucionalismo monárquico alemán, debida en muy buena medida a aquel von Bismarck que, por hegeliano,

⁵² Cfr. La Pergola, A., *Residui “contrattualistici” e struttura federale nell’ordinamento degli Stati Uniti*, Milán, 1969.

⁵³ Cfr. Jellinek, G., *Die Lehre von der Staatenverbindungen*, Viena, 1883.

y como advirtió Heller,⁵⁴ se oponía a la idea de la “libertad de los territorios”, conducía a una situación en la que, a pesar de que no faltaron quienes definieron el Imperio guillermiano como una “República de Estados”, en la que el ejercicio de la soberanía correspondería al Emperador y a los Estados particulares de modo conjunto (Laband, Zorn, Brie...), lo que sucedía es que, como con total acierto y contundencia afirmaron Borel y Le Fur,⁵⁵ solo el emperador de Alemania, y mucho más por su condición de monarca prusiano que por la de ser emperador, puede ser considerado como el verdadero titular de la soberanía en el marco del Estado políticamente descentralizado. Circunstancia ésta que determinará que, aunque sin reconocerlo explícitamente, Herrero tuviera que abandonar los esquemas conceptuales derivados de las construcciones de sus, al menos teóricamente y formalmente proclamados como tales, muy admirados autores de la Escuela Alemana de Derecho. Lo que no resulta muy difícil de comprender. Al fin y al cabo, lo que ocurre es que si un tal esquema jurídico y político puede ser, y lo es, muy atractivo para quien, al menos desde 1972,⁵⁶ se presenta como el máximo defensor de la idea de que en el Estado solo el monarca puede ser entendido como el único y exclusivo titular legítimo de la soberanía, y no solo como el depositario del ejercicio de la misma, pero el mismo, como es obvio, no podría dar satisfacción plena a los intereses de aquellos partidos a cuyo servicio pone todo su intelecto.

Es aquí donde entra en juego la teoría de Calhoun.⁵⁷ En un, ciertamente, brillante ejercicio de prestidigitación, Herrero de Miñón logra elaborar un escrito en el que trata de presentar como la natural derivación de las concepciones de Jellinek, lo que, en realidad, no es más que la utilización política y simulada de las tesis del Calhoun confederantista que, por no admitir que la Unión norteamericana era una verdadera comunidad política única, negaría el principio básico, central y medular de toda Teoría Constitucional del Estado políticamente descentralizado, y que se concreta en que, como puso de relieve Friedrich, el único soberano posible es el Poder Constituyente del pueblo federal. Solo así, y situándose al margen de las coordenadas espacio temporales, puede el político monárquico defender que Cataluña y Euzkadi siguen, y deben

⁵⁴ Cfr. Heller, H., “Hegel y la política alemana” (1924), *Res Publica*, núm. 4, 1999.

⁵⁵ Cfr. Borel, E., *Étude sur la souveraineté et l'État fédératif*, Berna, 1886; L. Le Fur, *État Fédéral et Confédération d'États* (1896), París, 2000.

⁵⁶ Véase Herrero de Miñón, M., *El principio monárquico: (Un estudio sobre la soberanía del rey en las Leyes Fundamentales)*, Madrid, 1972.

⁵⁷ Cfr. Calhoun, J. C., *Libertad y Unión. La Teoría de la Confederación*, Madrid, 2010.

seguir, siendo titulares de derechos de soberanía. En concreto, lo que a Herrero le interesará es la construcción de aquel Calhoun que, aunque aceptando la vigencia del concepto liberal-burgués de Constitución en el interior de cada uno de los Estados particulares, partía de la rara, y jurídicamente inaceptable (E. Borel), idea de que la Constitución federal no era más que un contrato celebrado entre, y no sobre, los Estados-miembros en su condición de sujetos soberanos anteriores y superiores al propio documento de gobierno —de donde deriva que éste ha de ser interpretado según las reglas generales de la contratación, y de modo muy singular bajo el prisma de las cláusulas *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*, a la de los “derechos de los Estados”, y a la *concurrent majority*—, y la consecuente elevación del derecho de veto de los miembros disidentes, que operará tanto en el nivel del derecho ordinario como respecto de cualquier modificación formal del código constitucional, concebido como la manifestación práctica de la mayoría concurrente como “poder negativo”, a la condición de elemento central y nuclear de todo el sistema desde el entendimiento de que “Es este poder negativo [veto] el poder evitar o detener la acción del gobierno... el de hecho configura la Constitución... En todas sus formas y bajo todos sus nombres, resulta de la mayoría concurrente. Sin ésta no puede haber negativo, y sin negativo no puede haber Constitución”.

Sentado este principio, es cuando la propuesta de Herrero de Miñón incide en el modo en que ha de ser aprobada la reforma. Y, no podríamos dejar de consignarlo, la misma va también más allá de lo que a primera vista pudiera suponerse. En efecto, de lo que se trata es de introducir por la vía de la interpretación el derecho a veto por parte de Cataluña y País Vasco. Dicho de otro modo, y con toda la contundencia que sea posible, lo que, realizando una nueva, y no menos sorprendente, pirieta intelectual que le permite abandonar los esquemas de Calhoun para regresar a los del monarquismo, pretende Herrero es que en el actual derecho constitucional español, que había nacido bajo la inspiración del principio democrático, se introduzca a través de la interpretación constitucional una solución muy parecida, aunque en sentido contrario, a la que se contenía en el artículo 78 de la Constitución alemana de 1871, al que, con toda razón, y con total justificación, la doctrina calificó de manera unánime como la “cláusula prusiana” (*v. gr.*, P. Laband, J. A. R. Marriot, H. Finer). De esta suerte, lo que sucedería es que de igual modo en que en el Imperio guillermiano el precitado artículo confería formalmente a todos los *Länder* el derecho a impedir, siempre y cuando lograsen reunir en el *Bundesrath* los 14 votos necesarios al efecto, el que se realizase la modificación

formal del texto, esto se traducía en el reconocimiento de un auténtico derecho de veto a favor del rey de Prusia, en el sentido de que ni siquiera el voto unánime de los mandatarios de los otros *Länder* podría nunca imponer una reforma con la que no estuviera de acuerdo, en el pretendido Reino de España serían catalanes y vascos, individualmente considerados y en su condición de entes políticos abstractos y atemporales, los que podrían impedir la reforma querida unánimemente por todos los demás ciudadanos que integran el cuerpo político español. Y lo que, de cualquier modo, parece olvidar el político monárquico conservador es que si en la Alemania de 1871 aquel derecho de veto del rey de Prusia resultaba válido y obligatorio, lo era por cuanto que el mismo se encontraba recogido en el texto constitucional, lo que no sucede en la España actual.

Nada tiene, sin embargo, de particular que, pese a todo, los partidos conservadores del catalanismo y del vasquismo formulen una tal propuesta. Ninguna sorpresa supondrá, en efecto, para nuestro entrañable jurista persa. Tanto más que éste, en el día de hoy, ya asumido aquello que, en 1981, trataba de hacerle entender Pedro Cruz. A saber: que porque toda decisión jurídica, fundamental u ordinaria, encierra una previa decisión política, únicamente podría alcanzar una cabal y ponderada comprensión del derecho constitucional mediante la consideración tanto de los supuestos jurídicos como desde la de los presupuestos político-ideológicos desde los que actúan quienes han adoptado esa solución jurídico-normativa concreta. De esta suerte, fácil le resultará a nuestro buen amigo persa entender el porqué pueden realizar una tal propuesta. Y, desde esta óptica, comprenderá que resulta absolutamente lógico y coherente el que unas fuerzas políticas que no es solo que nieguen el dogma político de la soberanía del pueblo, sino que, además, y como queda patente en su, por lo demás inconsistente, afirmación, repetida de manera constante desde 1990, de que en España no se ha verificado el ejercicio del derecho de autodeterminación, no reconocen el principio de legitimidad sobre el que se cimienta el actual Estado constitucional español, no sientan tampoco ninguna necesidad de actuar con respeto al principio de legalidad establecido por el Constituyente de 1977-1978. Sobre todo, y esto es algo que no debiera ser ignorado por ningún constitucionalista, administrativista y/o politólogo español, en tanto en cuanto que atenerse al principio de legalidad supondría un escollo insalvable para la consecución de sus fines y plena satisfacción de sus intereses.

Pero si esto es así, lo que acaso no le resulte tan sencillo de entender, y de asimilar, a nuestro curioso estudioso persa es que, siquiera sea de modo coyuntural y como medio para lograr formar gobierno, las fuerzas

políticas estatales puedan llegar a asumir las pretensiones del nacionalismo conservador catalán y vasco. Su sorpresa, de cualquier modo, alcanzará su suprema expresión al comprobar que esta actitud la desarrollan pese al hecho de que cada uno de los dos partidos mayoritarios de ámbito estatal mantienen una dura pugna por convencer a la opinión pública, tanto la nacional como la internacional, de que es a ellos, y no los de la otra organización partidista, a quienes les corresponde el honor de ser los verdaderos, máximos y supremos defensores de la Constitución actualmente vigente en España.

Enfrentado a esta más que sobresaliente contradicción, nuestro buen amigo iraní tratará de encontrar alguna explicación a este, como mínimo curioso, fenómeno. Y, en esta tarea, estimamos que no le será muy complicado llegar a la conclusión de que, en definitiva, son dos las causas que generan esta circunstancia. La primera de ellas, enlaza de forma directa e inmediata con el modo en que en el último, por decirlo en la terminología de Wise, momento constituyente español se abordó la doble tarea de proceder a la institucionalización del sistema democrático y a la institucionalización de la descentralización política. Nos referimos, en concreto, al hecho de que, como, en el momento constituyente mismo, denunció el maestro De Vega,⁵⁸ en el proceso de elaboración, discusión y aprobación del actual código constitucional lo que ocurrió es que:

Por un inadecuado e incorrecto planteamiento se está llegando en los momentos actuales entre nosotros a un sistema arbitrario de identificaciones. Por un lado, se identifica poder estatal con dictadura, olvidando que cabe una organización perfectamente democrática de un Estado unitario. Y, por otro lado, se identifica poder local con democracia, olvidando, igualmente, que cabe imaginar un sistema de poderes locales perfectamente autoritarios, caciquiles y antidemocráticos.

Resultado de ello fue el que nuestro último constituyente actuó desde la creencia de que, frente a la idea de que solo el régimen democrático es capaz de permitir la configuración de la comunidad política como un verdadero y real Estado Federal y la de que “Representa una evidencia que sin Estado democrático, sin Constitución democrática, no puede haber regionalismo democrático”, tan solo la opción por el Estado políticamente descentralizado, y la conversión de la descentralización en ideología y

⁵⁸ Cfr. Vega, P. de, “Poder Constituyente y regionalismo”, en Trujillo, G. (coord.) *et al.*, *Federalismo y regionalismo*, Madrid, 1979.

fundamento último de tránsito de la dictadura totalitaria a la democracia constitucional, podía hacer posible el establecimiento, consolidación y profundización de la forma política “Estado constitucional” en España.

Lo de menos sería entrar a señalar que, por haber sido construido desde aquella injustificada y arbitraria identificación, el desarrollo del Estado de las Autonomías ha presentado siempre algunos muy importantes problemas operativos. Aunque, no obstante, sí parece oportuno indicar que esto, y sobre todo cuando la dinámica política ha determinado que el debate real sea el de mantenerse como un Estado único aunque políticamente descentralizado o dar paso, sin la realización de un nuevo proceso constituyente revolucionario, a una organización confederal,⁵⁹ parece dar la razón a Pedro de Vega cuando, como teórico del Estado, el derecho y la política, señalaba que:

Convertir el regionalismo en primisa y principio de las conquistas democráticas me parece, sencillamente, un error. Y sabemos que en política, como decía Talleyrand, un error es algo peor que un crimen. Queramos o no, sobre nosotros se cierne un interrogante que, a pesar de su patetismo... yo no voy a dejar de plantear. El interrogante dice así: ¿Un mal planteamiento del problema regional no puede conducir a una aniquilación de la democracia en nuestro país?

Lo que interesa es dejar constancia de que, visto lo anterior, nuestro curioso jurista persa únicamente podrá llegar a una conclusión. Y así, éste advertirá que ese sistema de identificaciones que, aunque erróneo, presidió el proceso constituyente, se ha visto no solo afianzado, sino agravado en la dinámica política que ha conocido la sociedad española desde la entrada en vigor del texto de 1978. De una manera muy particular, con la que se inicia a partir de 1993. De esta suerte, lo que sucede es que si en el momento inicial se aceptó, de una manera absolutamente incondicionada y acrítica —y yendo, en todo caso, mucho más allá del pensamiento del Kelsen⁶⁰ que, coincidiendo de uno u otro modo con aquel Heller que advertía de la imposibilidad del federalismo en los sistemas autocráticos, afirmaba que “También la democracia puede hallarse centralizada o descentralizada sin sentido estático. Pero la descentralización permite una aproximación mayor a la idea de la democracia que la centralización. Esta idea es

⁵⁹ Cfr. Ruipérez, J., *Entre el federalismo y el confederantismo. Dificultades y problemas para la formulación de una Teoría Constitucional del Estado de las Autonomías*, Madrid, 2010.

⁶⁰ Cfr. Kelsen, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, 2a. ed., México, 1995.

el principio de autodeterminación”—, que solo el Estado políticamente descentralizado sería capaz de permitir el establecimiento del régimen democrático, ahora se ha dado un paso más en aquella arbitraria identificación: solo serán demócratas aquellos políticos prácticos y estudiosos del Estado, la política y el derecho que, al modo defendido por Calhoun y von Seydel,⁶¹ y obviando que, como señaló, con acierto, Mouskheli,⁶² una tal comprensión conduce a “la desconcertante conclusión de que la forma territorial conocida bajo el nombre de Estado federal no existe ni puede existir”, procedan a la total, plena, absoluta y definitiva equiparación de las formas políticas *Staatenbund* y *Bundestaat*. Y, habrá de concluir nuestro jurista persa, lo serán todavía más quienes propugnen que esa nueva organización confederativa haya de ser articulada desde la idea central de la tesis de aquel Joan Maragall que se presenta como uno de los principales inspiradores del nacionalismo romántico, irracional, espiritual, mítico, místico, etnicista y conservador catalán, y que, en último término, se concreta en la fórmula, claramente tributaria del pensamiento del monarquismo constitucional alemán y su empeño por asegurar la hegemonía de Prusia en el marco del nuevo Estado alemán —pero que, como nadie debiera ignorar, había comenzado ya a ponerse en práctica en el seno de la *deutscher Bund*, en la que el rey de Prusia pugnaría primero con el emperador de Austria, y posteriormente con el rey de Baviera por configurarse como el sujeto hegemónico y privilegiado en el contexto de aquella rudimentaria Unión de Estados de Derecho Internacional—, de que, como escribió Juliá,⁶³ “que la uniformidad repugna a la naturaleza y es hija de artificiosas abstracciones. No es justicia, sino injusticia, otorgar a todas las regiones la misma consideración: los privilegios deben existir porque existen también los seres naturalmente privilegiados, establece Maragall como criterio de organización del Estado”.

El segundo de los motivos que conducen a que los grandes partidos estatales hayan acabado por aceptar las propuestas del nacionalismo regional conservador tiene, por su parte, un carácter más general. Y éste, sería que, como consecuencia del proceso de desideologización derivado de la confusión generada por la caída del comunismo y de la correlativa aceptación, consciente o inconsciente, de los presupuestos del neoliberalismo tecnocrático y globalizador, la actual clase política española, de

⁶¹ Cfr. Seydel, M. von, *Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre*, Würzburg, 1873; *Staatsrechtliche und polistische Abhandlungen*, Friburgo i B.-Leipzig, 1883; *Commentar zur Verfassungs-Urkunde für das Deutsche Reich*, 2a. ed., Friburgo i B.-Leipzig, 1897.

⁶² Cfr. Mouskheli, M., *Teoría jurídica del Estado Federal*, Madrid, 1931.

⁶³ Cfr. Juliá, S., *Historias de las dos Españas*, Madrid, 2004.

manera mayoritaria y con muy escasas y notables excepciones, ha operado el tránsito definitivo de la “ideología del constitucionalismo” a la “ideología de la Constitución”. Lo que no puede dejar de generar consecuencias que también, y de forma ineludible, han de proyectarse sobre la problemática de los posibles cambios constitucionales. Téngase en cuenta que a la ideología del constitucionalismo, que es la que dio origen al constitucionalismo moderno como instrumento a través del cual se pondría en marcha un sistema de libertad total, lo que, como ha hecho notar De Vega,⁶⁴ en realidad preocupa es tratar de hacer realmente efectivos los principios y valores que determinaron el nacimiento histórico del Estado constitucional, y de una manera singular las ideas de democracia y libertad. Lo que, traducido en otros términos, significa que quienes actúan desde la ideología del constitucionalismo se preocuparán más de hacer verdaderamente reales y efectivas las ideas de democracia, libertad e igualdad que del mantenimiento, más o menos artificial, de la literalidad una determinada ley constitucional, la cual estarán dispuestos no solo a modificar, sino a sustituir por una nueva, cuando su conservación, en la medida en que ha perdido su carácter de norma jurídica obligatoria por no ser reconocida como tal por la totalidad o, al menos, por una muy amplia mayoría del cuerpo político (H. Heller), se presente como un obstáculo real para el desarrollo, consolidación y profundización del propio Estado constitucional.

Todo lo contrario sucede con la “ideología de la Constitución”. Circunstancia que resulta fácilmente comprensible. Sobre todo, si se toma en consideración que son los supuestos ideológicos del neoliberalismo tecnocrático los que fundamentan esta última. Es menester advertir que es verdad que el neoliberalismo tecnocrático permite construir un discurso a la clase política que se encontrará plagado de referencias tanto a la Constitución y a la necesidad de procurar su mantenimiento, como a la continua apelación al derecho constitucional vigente en el Estado como único criterio legitimador de la vida pública y de su actuación en ella. Lo que, desde la plena aceptación de las concepciones formalistas e instrumentales de la democracia, y operando al margen de la realidad y de la historia —y, en todo caso, omitiendo que en esta práctica “todos los autócratas encuentran... un fácil acomodo para disimular y ocultar sus tropelias” (P. de Vega)—,⁶⁵ permitirá afirmar a los gobernantes neoliberales, y será

⁶⁴ Cfr. Vega, P. de, “Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 100, 1998.

⁶⁵ “La democracia como proceso. (Algunas reflexiones desde el presente del re-

respaldado por no pocos juristas positivistas, que el Estado constitucional ha alcanzado su máxima entidad y total realidad, de suerte tal que la existencia del mismo se encuentra ahora plenamente garantizada. Ahora bien, si esto es así, lo que no debería perderse de vista es que, como, con meridiana claridad, ha sido denunciado por mi dilecto maestro:

Se trata de una Constitución que alejada de los presupuestos históricos y de las bases sociales en los que debería encontrar su fundamentación, como consecuencia del debilitamiento del principio democrático, tiene que buscar en sí misma y en su condición de gran programa político de la libertad la propia razón de su existencia.

Las consecuencias que se derivan en relación con las posibles modificaciones formales del texto constitucional se nos antojan meridianas. El que, en relación con el problema de la *Verfassungsänderung* y la *Wandlung*, las fuerzas políticas mayoritarias en la comunidad política actúen desde la ideología de la Constitución acaba por traducirse en que la inicial y originaria defensa de la Constitución como medio para hacer realmente efectivos tanto todos aquellos principios y valores que determinaron la aparición histórica del constitucionalismo moderno, como el conjunto de principios y valores que, por existir verdaderamente en el ánimo de los ciudadanos que integran el cuerpo político, fueron consagrados normativamente por el *Pouvoir Constituant* originario y que, en todo caso, son los que definen e individualizan la ley constitucional de que se trate, se ve, inevitablemente, substituida por una nueva práctica que, a la postre, consiste no en realizar aquellas ideas, sino en la defensa numantina de la mera literalidad de un determinado y concreto código constitucional al que se eleva a la condición de ser una suerte de fetiche mágico-mítico, de modo tal que ha de ser defendido no por motivos racionales, sino por razones de amor y de fe, y cuyo contenido, en todo caso, ha de ser indescifrable, salvo, naturalmente, para los gobernantes y sus juristas de Corte, quienes, en tanto el documento de gobierno está fuera de la realidad histórica, podrán hacer decir a la Constitución lo que en cada momento interese para, aunque no se reconozca de modo franco y expreso, asegurar su permanencia en el poder.

Sea de ello lo que sea, y por seguir con la misma imagen, habrá una cosa que le resultará indiscutible a nuestro buen amigo el jurista persa. Y ésta no es otra que la decisiva importancia que tiene en la España de hoy

publicanismo de Maquiavelo”, en Guerra, A. y Tezanos, J. F. (eds.) *et al.*, *Alternativas para el siglo XXI. I Encuentro Salamanca*, Madrid, 2003.

el proceder al estudio científico de la problemática de la revisión, y de una manera mucho más concreta la de determinar si el posible e hipotético cambio constitucional ha de ser comprendido como una mera operación jurídica que, como tal, ha de realizarse con absoluto y total respeto a la voluntad soberana del Poder Constituyente, o si, por el contrario, el mismo puede verificarse como un verdadero acto de soberanía a través del cual se podría llevar a cabo la revolución. Y en este contexto, nuestro curioso persa llegaría a la conclusión de que, como ya había sucedido después de la muerte del general/dictador, y una vez que tanto las fuerzas políticas de la oposición democrática como amplios sectores, aunque con muy diversos fines, del aparato franquista empezaron a hablar de la urgente necesidad de llevar a término una amplia renovación de la legalidad totalitaria, vuelve a hacerse real la afirmación que había realizado entonces el profesor De Vega conforme a la cual: “Hasta el punto de que se podría sostener sin hipérbole que el tema de la reforma constitucional acaso sea el único tema importante que hoy presenta la realidad constitucional española”, y que, por ello mismo, la problemática de los límites a la revisión ha de ocupar un lugar preferente como objeto de estudio del constitucionalista consciente del contenido de su labor y de la responsabilidad política y social que le corresponde.

IV. CONSIDERACIONES EN TORNO A LA AUSENCIA DE CLÁUSULAS DE INTANGIBILIDAD Y SU SIGNIFICADO REAL

Es menester, no obstante, advertir que este altísimo grado de confusión sobre la existencia o inexistencia de límites materiales absolutos a la reforma no es tan sólo imputable a la actitud de las élites dirigentes de los partidos políticos con representación parlamentaria. Antes al contrario, debe dejarse constancia de que a ello ha contribuido, y de forma harto decisiva, la propia redacción literal que el *Pouvoir Constituant* de 1977-1978 otorgó al Título X de la Constitución. Nos referimos, de un modo más concreto, a su triple decisión de no consagrar cláusulas de intangibilidad, establecer la “revisión total” y, por último, constitucionalizar el referéndum obligatorio para las reformas a las que se refiere el desafortunado artículo 168. Decisiones que, alejándose de la idea de que a través de la *Verfassungsänderung* puede autorizarse el cambio, pero no legalizarse la revolución (P. de Vega), han sido interpretadas por no pocos prácticos de la política y por no menos estudiosos del Estado, el derecho y la política en el sentido de que

fue el propio Constituyente quien, al identificar el Poder Constituyente con el poder de reforma, sentó las bases para afirmar la total inexistencia de límites materiales a la revisión. Motivo por el cual resulta conveniente detenerse en su estudio.

Es de todos conocido que constituyó una auténtica obsesión para el Constituyente de 1977-1978 establecer unas claras, radicales y definitivas diferencias entre su actuación y el momento político inmediatamente anterior. Lo que, por demás, resultaba meridiano, y, por más que se hablará de un “reformismo constituyente”, quedaba suficientemente claro por el significado jurídico y político de lo que estaban llevando a cabo, y que tan solo podría ser ignorado por parte del más radical y, al mismo tiempo, más ingenuo de los positivismos jurídicos formalistas que, en todo caso, se aparte de la idea kelseniana según la cual el proceso de búsqueda hacia atrás del fundamento de la validez de la Constitución ha de interrumpirse siempre que el Estado haya conocido un momento revolucionario, siquiera sea únicamente por el cambio del principio de legitimidad. Téngase en cuenta que, aunque no habían sido formalmente convocadas como Constituyentes, las Cortes elegidas el 15 de junio de 1977, como había quedado ya claro en el proceso electoral mismo (P. de Vega, P. Lucas Verdú, R. Morodo...), estaban actuando como tales y, en consecuencia, estaban tratando de aprobar una normativa jurídico-política fundamental a la que debía corresponder un equívoco carácter constitucional, y que ello impedía cualquier posible equiparación con las leyes fundamentales del Reino de la dictadura, que si bien eran normas de derecho público, en modo alguno, y tanto por su falta de legitimación democrática de origen y de ejercicio, como por no estar inspiradas ni responder a los principios democrático, liberal y de supremacía constitucional, podrían ser consideradas como normas de derecho constitucional (P. de Vega, O. Alzaga...). Ahora bien, no se contentaron con esto los diputados y senadores. Quisieron, por el contrario, que las diferencias se hicieran también patentes en el plano formal. Y, en este sentido, nos encontramos con que entre los miembros de la Constituyente existió un acuerdo prácticamente unánime en no consagrar en el texto cláusulas de intangibilidad que, de la manera que fuese, pudieran recordar a lo establecido en el artículo 3o. de la Ley Orgánica del Estado de 1967, conforme al cual los Principios del Movimiento Nacional “son por propia naturaleza, permanentes e inalterables”.

Lo de menos sería detenernos a discutir si fue sólo éste el motivo que condujo a no consignar límite material expreso alguno o si, junto a él, había otros motivos. Aunque no está de más señalar que no ha faltado quien

apunte que esta decisión se debió también a la idea de que la suerte que había corrido la cláusula del artículo 3o. de la Ley Orgánica del Estado, demostraba que de nada serviría en el terreno de los hechos establecer una cláusula de intangibilidad referida a la monarquía si las futuras Cortes deseaban utilizar directamente el procedimiento de reforma para proclamar la República. Otros, más acertados en cuanto que no equiparan la situación actual a la que se produjo en el momento del tránsito del totalitarismo franquista a la democracia constitucional, pero en todo caso ignorando que, como señalan Gomes Canotilho y Calzada Conde,⁶⁶ tal actuación se traduciría en una verdadera destrucción del orden constitucional, operada, eso sí, desde el respecto formal a la legalidad, señalan que la decisión del último Constituyente se encontraría relacionada con la tesis de la revisión en doble grado, la cual, como advierte el maestro De Vega, “resulta, no obstante, tan ingeniosa como insostenible. La aparente lógica de su formulación queda definitivamente desmontada desde el momento en que, haciendo entrar en juego la distinción entre poder constituyente y poder de revisión, se toma en consideración la verdadera naturaleza de este último como poder constituido y, por ello, limitado”. Por último, no podemos dejar de consignar que hubo también quien interpretó que la decisión del Constituyente obedecía a su muy firme convicción, y que, a la postre, quedaba consagrada en el más alto nivel normativo, de que aunque dichos límites materiales existieran, aquéllos carecerían de valor jurídico frente a la actuación del poder de reforma que, en cuanto Poder Constituyente juridificado (M. Aragón), no puede verse limitado en su actuación más que por la obligación de atenerse a la observación de los límites formales derivados del principio de supremacía constitucional.

Sea cual fuere la intención real de su autor, lo que interesa es que hay entre los prácticos de la política y los prácticos y teóricos del derecho un muy amplio acuerdo en considerar que el hecho de haberse separado en este punto de la solución consagrada en la Ley Fundamental de Bonn, y, en consecuencia, no haber excluido ninguna materia a la actuación del poder de reforma, constituye uno de los más grandes, si no el más grande, aciertos del texto español (M. Aragón).⁶⁷ El argumento utilizado para justificar este aserto, no puede ser más simple, y, a la vez, más contundente-

⁶⁶ Cfr. Gomes Canotilho, J. J., “O problema da dupla revisão na Constituição Portuguesa”, *Revista Fronteira*, 1979; Calzada Conde, R., *La reforma constitucional y las mutaciones en el ordenamiento constitucional* (Tesis Doctoral, inédita), Salamanca, 1987, 2 vols.

⁶⁷ Véase Aragón, M., *Constitución y Democracia*, Madrid, 1989; “La eficacia del principio democrático”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, 1988.

te. Lo que sucede, se dirá, es que lo que hizo nuestro *Pouvoir Constituant* fue aceptar, sin reservas de ningún tipo, el contenido central y nuclear de la idea de democracia, al menos en contraposición a la idea pura de la libertad como sometimiento a la ley por parte de gobernantes y gobernados. Sentencia que remite a aquella idea que encontró en los Estados Unidos uno de sus más brillantes expositores y defensores en aquel Jefferson⁶⁸ quien no dudó en denunciar como absurdo el que la Constitución pudiera ser entendida como un instrumento con el que se pretendía hacer prevalecer la voluntad de los muertos sobre la de los vivos y, en consecuencia, dedujo la nulidad de pleno derecho de cualquier texto que pretendiera ser irreformable, y que en la Francia revolucionaria se concretó en la célebre declaración conforme a la cual “*Le Pouvoir Constituant d’un jour n’aucun titre à limiter le Pouvoir Constituant de l’avenir*”.

Un firme representante de esta postura es, por ejemplo, Aragón Reyes. Éste, en efecto, entenderá que con la solución arbitrada en el proceso constituyente se da plena satisfacción a las exigencias inherentes al principio democrático de que el Poder Constituyente no puede encontrar ningún tipo de límite material ni en el momento de aprobar y sancionar la ley constitucional, ni, tampoco, a la hora de proceder a su reforma. Y es por esta circunstancia por lo que la actual Constitución resulta merecedora de todos los halagos. Sus palabras no dejan el más mínimo resquicio a la duda. Así, y pese a reconocer el riesgo que tal concepción puede implicar para el desarrollo y consolidación del Estado constitucional, escribirá Aragón que:

Ahí radica, precisamente, la grandeza de nuestra Constitución: en que ella misma facilita los medios jurídicos para su radical mutación. Y ahí radica también la grandeza de nuestra democracia: en que permite a sus propios enemigos destruirla, pero... por procedimientos democráticos. Desde el punto de vista jurídico, para nuestra Constitución... no existen enemigos, sino discrepantes. Hay libertad para los enemigos de la libertad y democracia para los enemigos de la democracia.

En nuestra opinión, y dicho sea con todos los respetos, esta tesis no resulta, a pesar de su aparente lógica, adecuada para explicar el problema que nos ocupa en el marco de la vigencia jurídica y política del texto de 1978. Y lo estimamos así en tanto que, creemos, está formulada desde una in-

⁶⁸ Cfr. Jefferson, Th., “Notas sobre Virginia” (1782), en Jefferson, Th., *Autobiografía y otros escritos*, Madrid, 1987.

adecuada comprensión tanto del propio instituto de la *Verfassungsänderung* en general, como de la problemática concreta del significado político y el valor jurídico de las cláusulas de intangibilidad. Circunstancia que se deriva de la plena, total, radical y definitiva equiparación conceptual que realizan entre el Poder Constituyente originario y el poder de reforma (G. Vedel, J. Lafferriere).⁶⁹ Y es que, como ha escrito el maestro De Vega, lo que sucede es que:

Para todas aquellas opiniones doctrinales que hacen coincidir el poder reforma con el poder constituyente y, en consecuencia, no reconocen a nivel teórico la existencia de límites, los límites a la reforma —aun cuando vengan establecidos en el propio texto de la Constitución— serán considerados siempre como límites relativos y, por lo tanto, superables.

De cualquier forma, estimamos oportuno, y ciertamente pertinente, detenernos a explicar, siquiera brevemente, el motivo de nuestra crítica.

Que el pueblo, como titular del ejercicio de la soberanía, tiene siempre, y en todo momento, el derecho a cambiar su Constitución, es algo que nadie discute. Y, por lo demás, nadie podría cabalmente discutir, al menos si se opera con las concepciones democráticas de la comunidad política. Lo que resulta fácilmente comprensible. Al fin y al cabo, lo que sucede es que la anterior afirmación es solo el lógico y consecuente corolario de la concepción del cuerpo político que, como indica De Vega, fue puesta en circulación con aquellas dispersas y asistemáticas reflexiones realizadas por Nicolás Maquiavelo, en virtud de las cuales el pueblo pierde ese carácter religioso, mítico, metafísico y atemporal que tenía en el mundo clásico y medieval, para convertirse, por vez primera en la historia, en un sujeto concreto, real e histórico. La democracia pasa a ser concebida, de esta suerte, como un proceso que se realiza en la historia, y cuyo actor, por lo demás, puede ser única y exclusivamente el pueblo. Y es, de una forma muy concreta, porque la democracia se concibe como un proceso que se realiza en la historia, y que tiene al pueblo como protagonista, por lo que ese gran maquiavelista que fue Rousseau⁷⁰ pudo afirmar que la voluntad del soberano tiene siempre un carácter temporal, y de ahí deducir que “va contra la naturaleza del cuerpo político darse leyes que luego no pueda revocar, pero no va contra la naturaleza ni con-

⁶⁹ Cfr. Vedel, G., *Manuel élémentaire de Droit Constitutionnel*, París, 1949; Lafferriere, J., *Manuel de Droit Constitutionnel*, París, 1947.

⁷⁰ Cfr. Rousseau, J.-J., “Consideraciones sobre el gobierno de Polonia y su proyecto de reforma” (1771), en Rousseau, J.-J., *Proyecto de Constitución para Córcega. Consideraciones sobre el Gobierno de Polonia y su proyecto de reforma*, Madrid, 1988.

tra la razón que no pueda revocarlas más que con la solemnidad puesta en práctica al establecerlas”.

Ahora bien, si, en cuanto que contenido inherente a la democracia, el principio contenido en la máxima revolucionaria de que el *Pouvoir Constituant* del presente no tiene ningún título para obstaculizar la actuación de un nuevo y futuro *Pouvoir Constituant* que, de acuerdo con los esquemas del iusnaturalismo contractualista desde los que Wise había teorizado la mecánica del proceso constituyente, pudiera nacer, de manera espontánea y libre (P. Lucas Verdú), en el seno de la comunidad política que va a ser refundada es algo que deviene axiomático y, por ello mismo, incontrovertido e irrefutable, lo que sí debe, y puede, discutirse es el corolario que de ese principio pretenden extraer los críticos a la existencia de límites materiales absolutos y expresos. En efecto, lo que sucede es que no se alcanza a comprender el porqué del hecho de que el pueblo, como titular de la soberanía y que, con base en esa condición, pudo aprobar, en una votación en la que todos los sufragios han de ser tomados en consideración pero en la que, como admitió ya el “ciudadano de Ginebra”, que puede decidir de conformidad con el principio mayoritario, tenga en todo momento, y como cualidad inherente derivada de su propia naturaleza de sujeto fáctico, político-existencial y revolucionario, el poder legítimo para cambiar los usos y los modos en los que los ciudadanos desean ser gobernados en el futuro, ha de deducirse que los poderes constituidos, incluso aunque, por las facultades que tienen encomendadas, sean extraordinarios, como es el poder de revisión, disfrutan también de la capacidad para proceder a la creación de un orden jurídico nuevo y al establecimiento de un régimen político diferente al que fue determinado por la voluntad soberana del *Pouvoir Constituant*.

Aún a riesgo de resultar reiterativo, hemos de indicar, coincidiendo con la afirmación de Pedro de Vega, que:

Se concretaría de esta forma la distancia y la separación que media entre la acción legal y la revolución... Por no hacer sabido o por no haber querido comprender la diferencia en el ejercicio de las facultades constituyentes... y por la inexorable confusión que de esa circunstancia deriva entre el poder constituyente y el poder de reforma, no han sido pocos los disparates, los errores y las incongruencias en el tratamiento teórico y en la regulación legal de la problemática de la reforma constitucional.

Que la anterior identificación esconde la más absoluta, patente y evidente falta de comprensión del instituto de la *Verfassungsänderung*, en general, y de

las cláusulas de intangibilidad, en particular. Errónea comprensión que se deriva de dos causas.

La primera, que tiene un carácter muy general, de ellas, se encuentra en el hecho de que quienes niegan la posibilidad de límites materiales a la revisión lo que hacen es, pura y simplemente, negar que la irrupción del principio de rigidez obliga, y de manera tan necesaria como obligatoria e ineluctable, a distinguir lo que es el ejercicio de la facultad constituyente comprendida como una actividad libre y soberana, cuyo titular es, y además, solo puede ser, el *Pouvoir Constituant* revolucionario y soberano, de lo que es el ejercicio de esa facultad constituyente entendida como una actividad reglada por la propia Constitución y que ha de desarrollarse, siempre e ineludiblemente, en el marco de la voluntad soberana del Poder Constituyente originario, que es la que, en cuanto que expresión de la acción legal y no de la revolución, compete actuar al poder de reforma en cuanto poder constituido. Diferenciación de la que se derivan unas muy claras consecuencias que, sin embargo, y aunque pudieran decir otra cosa, no son admitidas por quienes niegan toda virtualidad a los límites materiales expresos. Una amplia cita del profesor De Vega nos servirá para aclarar a qué nos referimos. En este sentido, escribe el maestro:

Lo que... interesa bien sentado, y sin equívoco alguno, es el hecho de que, cuando se admite la posibilidad de autolimitación del poder constituyente, y frente al ejercicio de unas facultades soberanas y sin control jurídico, se reconoce la existencia de un poder de reforma reglado y ordenado por la propia Constitución, lo que ya no cabe bajo ningún concepto es entremezclar y confundir las naciones del poder constituyente y poder de revisión. El poder constituyente, como poder soberano, previo y total, podrá en todo momento... modificar, transformar y destruir, incluso, el ordenamiento constitucional. Pero será en el ejercicio de sus atribuciones soberanas, actuando como *res facti, non juris*. Lo que significa que, por la misma razón que se le considera y cataloga como poder político y de hecho, no se le puede encuadrar ni definir como poder jurídico y limitado. A la inversa, el poder de reforma, en la medida en que aparece reglado y ordenado en la Constitución, se convierte en un poder limitado, lo que quiere decir que la actividad de revisión no puede ser entendida como una actividad soberana y libre.

Por su parte, la segunda se debe al método de estudio con el que se aborda el conocimiento científico del derecho, el Estado y la política. Problema que adquiere entre nosotros una singular entidad en el marco de lo que se ha dado en llamar el “Espacio Europeo de Enseñanza Superior” y, en todo

caso, como consecuencia de que, desatendiendo las sabias observaciones hellerianas sobre la necesidad de abordar el estudio de la rica problemática constitucional desde la ponderada y cabal combinación de los distintos métodos —y que en el fondo es la misma idea que, como nos recordó De Vega,⁷¹ condujo a Orlando a mantener que el estudio del derecho constitucional debía realizarse desde la “inexorable combinación de supuestos filosóficos, que sirvieran de criterios orientadores a la exégesis legal, y de supuestos jurídicos, donde adquieran vida y realidad las consideraciones y fundamentaciones metajurídicas”—, se quiere imponer la obligatoriedad de uno solo de ellos. A nuestro juicio, el gran problema que existe para dar una cabal respuesta a la problemática que ahora nos ocupa se deriva de la aceptación incondicional por muchos de quienes niegan la posibilidad de las cláusulas de intangibilidad de los más estrictos principios del positivismo jurídico formalista a ultranza. Y, con ello, la aceptación de aquel lema acuñado por la vieja Escuela Alemana de Derecho Público, según el cual porque el Estado es evidente, de nada sirve interrogarse sobre él. Máxima que, en definitiva, se traduce en la ordenación de los estudios de derecho del EEES desde la doble idea de que, por un lado, los estudiantes, por el mero hecho de serlo, son poseedores de una serie de conocimientos jurídicos y políticos que no han de serles recordados por los profesores, y, por otro, que porque existen esos conocimientos implícitos y que han de ser considerados como saberes presupuestos de todo el que, de la manera que sea y en el *status* profesional que sea, se mueve en el mundo del derecho, la enseñanza universitaria puede perfectamente reducirse a la mera exégesis legalista de los preceptos de la Constitución, el aprendizaje memorístico de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y, finalmente, despreciando el acertado juicio que, en 1793, había realizado ya Kant⁷² sobre la inescindible relación entre la teoría y la práctica, a la realización de casos prácticos. Creencia que, mucho nos tememos, y coincidiendo, una vez más, con el criterio del doctor De Vega, terminará por conducirnos a una más que lamentable y dramática situación, en la que, a fuerza de ser dados por supuestos, los presupuestos centrales, medulares y basilares del derecho constitucional como ciencia serán totalmente ignorados por los nuevos juristas, y acabarán por ser olvidados por los más antiguos.

⁷¹ Cfr. Vega, P. de, “Supuestos históricos, bases sociales y principios políticos en el derecho constitucional democrático”, *Anuario Jurídico*, IX (1982), “*Memoria del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*”.

⁷² Cfr. Kant, I., “En torno al tópico: «Tal vez eso sea correcto o en teoría, pero no sirve para la práctica»” (1793), en Kant, I., *Teoría y práctica*, Madrid, 1986.

Desde esta óptica, lo que ocurre es que al haber abandonado el estudio de la realidad histórica y de la Historia del pensamiento político y constitucional, se ha olvidado también que fueron, justamente, los mismos revolucionarios liberal-burgueses de la Francia de finales del siglo XVIII que habían proclamado que “*Le Pouvoir Constituant d’un jour n’aucun titre à limiter le Pouvoir Constituant de l’avenir*”, quienes pusieron en marcha la nítida, radical y definitiva distinción entre la facultad constituyente como actividad libre y soberana, y la facultad constituyente como actividad reglada y ordenada. En efecto, es menester advertir que cuando tratando de arbitrar una solución normativa que permitiera la conciliación del principio democrático y el de supremacía constitucional, y partiendo, en todo caso, de aquellas geniales especulaciones teóricas con las que de Vattel y Rousseau anticipaban la posibilidad de que el Código Constitucional consagre y regule el mecanismo de su propia transformación formal, los hombres de la Constituyente francesa de 1789-1791 establecieron que:

La Asamblea Nacional Constituyente declara que la Nación tiene el derecho imprescriptible de cambiar su Constitución; sin embargo, considerando más conforme al interés nacional el que solamente se use el derecho de reforma, en los términos señalados por la Constitución, respecto de aquellos artículos que la experiencia haya mostrado sus inconvenientes... (Tit. VII, art. 1o. Const. francesa de 1791).

O los de la Constiyente de 1792-1793 proclamaron, de manera tan gráfica como contundente, que un “Pueblo tiene siempre el derecho a revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede someter a sus Leyes a las generaciones futuras” (artículo 28, Constitución francesa de 1793), y apelan a la necesidad de que las oportunas modificaciones formales del texto sean llevadas a cabo por una Asamblea de revisión, que, por configurarse como un órgano especial, se diferencia, clara y determinadamente, tanto de la Asamblea que ejerce el Poder Constituyente revolucionario, como del Parlamento ordinario, lo que hicieron fue, pura y simplemente, consagrar a nivel normativo la muy diversa naturaleza de la que gozan el *Pouvoir Constituant* originario y el que la doctrina francesa, con carácter general, denomina “*Pouvoir Constituant institué*”. Nos sumamos, de este modo, a la opinión de De Vega, para quien, con la solución arbitrada por las Constituyentes francesas:

No se niegan... las facultades soberanas del poder constituyente, que, como poder previo, ilimitado y sin control, en cualquier momento tiene derecho a

reformar y cambiar la Constitución. Lo que en realidad se consagra en este artículo es una separación fundamental —aunque no siempre bien entendida— en el ejercicio de la facultad constituyente.

Ni qué decir tiene que es solo en el marco de esta nítida, tajante, radical, absoluta y definitiva diferenciación y separación entre el Poder Constituyente soberano y los poderes constituidos no soberanos, donde adquiere sentido pleno el interrogarse por el significado político y el valor jurídico de las cláusulas de intangibilidad. Y es, también, desde esta distinción desde donde se descubre que si el último Constituyente hubiera optado por establecer límites materiales expresos, en modo alguno podría entenderse que su decisión hubiera venido a menoscabar la eficacia real del dogma político de la soberanía del pueblo. Antes al contrario, la hubiese fortalecido frente a cualquier pretensión por parte de los poderes constituidos de erigirse en unos, ciertamente falsos y subrepticios, soberanos. Lo que no ha de ser muy difícil de comprender y de compartir. Es menester advertir, siguiendo el criterio defendido por Stern⁷³ y De Vega, que la existencia de límites materiales explícitos supone, de manera innegable, un límite insalvable a la voluntad y a la actividad del poder de reforma, en el entendimiento de que cualquier intento de suprimir mediante la puesta en marcha del *amending process* la garantía contenida en la cláusula de intangibilidad determinaría que, como acertadamente puso de relieve mi muy querida condiscípula Calzada, la actuación del legislador de revisión no pudiera ser comprendida como la verificación de una simple, aunque verdadera, reforma sino, por el contrario, como la innegable materialización de un supuesto de ruptura y/o destrucción de la Constitución o, incluso, de un suicidio constitucional. Ahora bien, no sucede lo mismo en cuanto a la hipotética actuación de un nuevo, y diferente al que había aprobado el texto constitucional, *Pouvoir Constituant* revolucionario. Y ello, por la sencillísima razón de que las cláusulas de intangibilidad, en cuanto que contenido de un ordenamiento constitucional que quedará derogado por la simple aparición de ese nuevo Poder Constituyente, perderán, como el resto de la Constitución, toda su validez y eficacia frente a la acción revolucionaria de un sujeto que se define por su condición de *res facti, non juris*, y que, de cualquier modo, está llamado a ejercer un poder absoluto, soberano e ilimitado en el contenido, formal y material, de su voluntad.

El segundo gran problema que plantea la decisión del último Constituyente español, se encuentra relacionado, de modo directo e inmediato,

⁷³ Cfr. Stern, K., *Derecho del Estado de la República Federal alemana*, Madrid, 1987.

con la cuestión del propio carácter y naturaleza del texto de 1978. Esto es, lo que se plantea, y a lo que deberíamos encontrar cumplida respuesta, es si el actual código constitucional a lo que en realidad responde es a la idea de mero documento de gobierno a través del cual se organizan los poderes del Estado, o si, por el contrario, en la medida en que no solo fue aprobada por el pueblo en el ejercicio de su soberanía sino que, además, se inspira, recoge y trata de hacer también eficaces los principios liberal y de supremacía constitucional, se trata de una manifestación más del concepto moderno, técnico y actual de Constitución, que es, como ha indicado, entre otros, De Vega, el que se identifica con la comprensión liberal-burguesa de la misma. Si lo primero, tanto los prácticos de la política como los estudiosos del derecho constitucional estaríamos, de algún modo, actuando con el concepto neutro, y más inútil (P. de Vega), de Constitución, que fue el que permitió, por ejemplo, a Jellinek afirmar que toda colectividad humana políticamente organizada ha de contar, y ha contado, siempre con una Constitución, en la medida que si se renunciase a la organización previa de los poderes de la comunidad política y de los modos en que éstos van a decidir, aquella reunión de hombres caería en la más absoluta de las anarquías, y que, como nadie puede ignorar, ha sido del que en el pasado se sirvieron los juristas del totalitarismo nacional-catolicista para afirmar que la España franquista era un auténtico, verdadero e innegable Estado de derecho, y ha sido también del que se sirvió el europeísmo a ultranza para, negando la idea de que, como bien escribió Heller, toda función constituyente supone un sujeto constituyente que, como tal, solo puede ser el pueblo, afirmar que el fracasado documento redactado por la llamada “Convención Giscard” era una Constitución y no un mero tratado comunitario. Si lo segundo, la Constitución de 1978 sí contendría un determinado techo ideológico, y éste terminaría coincidiendo, como mínimo, con todos aquellos principios y valores que determinaron el nacimiento del régimen constitucional, aunque eso sí, y respondiendo a la esencia misma de lo que ha sido la historia del constitucionalismo, adaptados para hacer realmente efectivas y eficaces las ideas de democracia y de libertad en el momento histórico actual, y que acaba siendo el que, por decirlo en expresión de Schneider,⁷⁴ se identifica con “el orden fundamental liberal democrático”.

Que sea menester plantearse este interrogante es algo que no ha de resultar muy difícil de comprender. Sobre todo, a la vista de lo afirmado

⁷⁴ Cfr. Schneider, H.-P., “La Constitución. Función y estructura”, en Schneider, H.-P., *Democracia y Constitución*, Madrid, 1991.

en el Fundamento Jurídico 7o. de la STC 48/2003, el Fundamento Jurídico 4o. de la STC, 103/2008, y, por último, en el Fundamento Jurídico 12 de la STC 31/2010. Y el problema se plantea por cuanto porque, como señala De Vega, la introducción de los límites materiales expresos “en los textos constitucionales (aunque efectivamente pueda responder en ocasiones a contingentes, accidentales y momentáneas razones políticas) tiene como básica finalidad asentar claramente, en el más alto nivel normativo, los supuestos ideológicos y valorativos en los que descansa el régimen político que con la Constitución se pretende establecer. O, lo que es lo mismo... las cláusulas de intangibilidad expresan los fundamentos en que se apoya la «legitimidad constitucional»”, no ha faltado quien interprete que la decisión del último Constituyente de no establecer ningún tipo de límite material expreso solo puede significar que no existe ningún supuesto ideológico y valorativo que actúe como criterio vertebrador, fundamentador y legitimador del sistema y que, por ello mismo, deba ser protegido frente a la actuación de los poderes constituidos, excluyéndolo de la discusión política al menos en condiciones de normalidad constitucional.

No hace falta realizar un gran esfuerzo para comprender lo que en realidad esconde tal postura. Todos podemos sin dificultad deducir que cuando el Tribunal Constitucional y algunos profesores universitarios realizan esta afirmación, no hacen otra cosa que aceptar aquella idea defendida por Jiménez Campo,⁷⁵ conforme a la cual de la regulación del Título X se deriva un evidente agnosticismo constitucional e indiferentismo ideológico. Neutralismo axiológico que tiene como una de sus principales consecuencias la inevitable transformación del poder de reforma, que es un poder limitado por la propia Constitución, en un auténtico poder soberano y, por ello mismo, ilimitado. Lo que plantea no pocos problemas, y no solo en cuanto a la posibilidad de obtener una cabal y ponderada comprensión teórica de la problemática de la reforma en la España de 1978, sino también, y con una mayor importancia y transcendencia, en cuanto a su posible materialización en el terreno de esa práctica jurídica y política, que, aunque no es creada y desarrollado por los prácticos de la política, no cabe entender como algo ajeno al estudioso del Estado, la política y el derecho en la medida en que, como señaló Heller, el:

Dogmático jurídico del Derecho Constitucional moderno tiene como tarea elaborar materia jurídica positiva de modo que ésta sea útil para la unidad

⁷⁵ Véase Jiménez Campo, J., “Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución”, *Revista del Departamento de Derecho Político*, núm. 7, 1980.

y ordenación temporal de la organización estatal. Toda la problemática de nuestra dogmática jurídico-constitucional desemboca, en último término, en la cuestión de cómo es posible la unidad y ordenación de la Constitución mediante la creación jurídica, la justicia y la ejecución.

No es menester dedicar mucho espacio a exponer la crítica a tal concepción del Título X. De lo dicho hasta aquí y de lo que digamos posteriormente, se entiende que no compartimos la misma. Bástenos con señalar que son, de manera fundamental, dos los motivos que nos conducen a ese rechazo. En primer lugar, porque compartimos, de forma plena, total y absoluta, la tesis del maestro De Vega de que:

El hecho de que la única legitimidad, y el único límite del poder de revisión, sean los establecidos en el propio procedimiento determina que, en sus contenidos y en el ejercicio concreto de su voluntad, el poder de revisión aparezca como un poder absoluto y sin control. Y, naturalmente, un poder limitado en la forma pero libre en el ejercicio de su voluntad, con capacidad de cambiar todos los principios, valores y normas que fundamentan ideológicamente el sistema, termina siendo el auténtico soberano.

En segundo término, porque estimamos que tienen toda la razón, por ejemplo, Hesse y Zagrebelsky cuando afirman que en toda Constitución, en tanto ésta no es más que la expresión normativa del conjunto de principios y valores que, por existir realmente en el seno de la sociedad, han sido consagrados por el *Pouvoir Constituant* originario y que, en última instancia, son los que definen e individualizan el texto constitucional de que se trate, ha de considerarse que existe un “núcleo estable e irreformable” (K. Hesse) o una “parte fija” o “contenido constitucional esencial” (G. Zagrebelsky),⁷⁶ y que éste, que existe con independencia de que haya sido incorporado formalmente a una cláusula de intangibilidad, ha de quedar excluido de la capacidad de acción tanto del legislador ordinario, como de la del poder de reforma, en la medida en que uno y otro son poderes constituidos y que, por ello mismo, se encuentran constreñidos a actuar en el marco de los límites determinados por la voluntad del Constituyente soberano. Nos sumamos, de esta suerte, a la opinión de Calzada, cuando indicaba que la existencia de límites materiales formales viene, ciertamente, y de forma incuestionable, a facilitar la labor del intérprete constitucional a la hora de determinar el contenido de aquél núcleo estable o irreformable de la

⁷⁶ Cfr. Zagrebelsky, G., *Il sistema costituzionale delle fonti del Diritto*, Turín, 1984.

Constitución, pero que su ausencia en modo alguno implica que éste no exista, y que, del mismo modo, ello no excusa al intérprete de la tarea de tratar de identificarlo.

En lo que, sin embargo, sí me parece oportuno detenernos es en intentar de poner de manifiesto una circunstancia que suele quedar inadvertida para ese radical positivismo jurídico formalista y jurisprudencial que trata de explicar el derecho constitucional desde su reducción, al modo kelseniano, a un conjunto de reglas lógico-matemáticas y geométricas. Nos referimos al hecho de que fue, justamente, el Constituyente de 1977-1978 quien sentó las bases para que esta interpretación del Título X deviniera inviable. En efecto, la propia redacción de este Título pone de relieve que fue la intención real de la mayoría de la Constituyente la de excluir determinadas materias de la ulterior discusión de las fuerzas políticas. Lo que sucede es que, en lugar de identificar estas materias a través de la inclusión de una cláusula de intangibilidad, lo que hicieron fue establecer un segundo procedimiento de revisión. Segundo procedimiento de revisión que, en la medida en que se aparta claramente de aquel principio enunciado por Madison⁷⁷ del que el *amending process* debe proteger por igual contra una facilidad extrema que hiciera al texto constitucional demasiado variable y contra una exagerada dificultad que lo convirtiese en inmodificable, del que, con toda razón, y desde el primer momento, el profesor De Vega pudo decir que “se puede decir de antemano que no funcionará jamás. Más que de un procedimiento de reforma se debería hablar de un procedimiento para evitar la reforma”, y cuya introducción no pretendía otra cosa que dar auténtica realidad en el derecho español a aquella observación de Esposito⁷⁸ conforme a la cual la adopción de procedimientos superagravados para la modificación formal de la Constitución equivale, de hecho, al establecimiento de límites materiales expresos a la reforma.

Esta es, en efecto, la nota caracterizadora más relevante del artículo 168. La misma se descubre con la mera consideración de cuáles fueron los motivos que determinaron que, en el proceso de redacción y discusión del Proyecto Constitucional, las fuerzas del centro y de la derecha presentes en la Constituyente propusiesen su inclusión. En este sentido, debemos a Pedro de Vega una observación fundamental: la aprobación del artículo 168 obedece tan solo al deseo de tratar de conjugar dos preten-

⁷⁷ Cfr. A. Hamilton, J. Madison y J. Jay, *El Federalista*, México, 1982.

⁷⁸ Cfr. Esposito, C., *La validità delle Leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vici degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, Milán, 1964, reimpr. inalterada de la ed. de 1934.

siones radicalmente contrapuestas y que, además, resultaban difícilmente conciliables. Así, nos encontramos, por un lado, con el ya mencionado interés de las fuerzas presentes en la Constituyente de eludir cualquier medida que, de manera justificada o injustificada, pudiera recordar a las soluciones jurídicas adoptadas en la normativa fundamental, que nunca Constitución, de la dictadura monárquico-católica. Por otro, aparecía la pretensión de los miembros de AP y de los de UCD, al menos de los que provenían del *stablishment* franquista, de sustraer de algún modo la Jefatura del Estado del ulterior debate entre las fuerzas políticas y, en definitiva, el evitar que la forma de gobierno monárquica pudiera ser sustituida como consecuencia de la futura actuación de las fuerzas que provenían de la oposición democrática al totalitarismo y que, obligados a ello para poder ser legalizados y concurrir a las elecciones de 1977, habían terminado por aceptar aquélla desde la asunción de la idea tiernista de la “monarquía como salida”. La manera que se ideó para conciliar tan dispares pretensiones fue, como decimos, la previsión de un segundo procedimiento de reforma, en el sentido de que, como escribió De Vega:⁷⁹

La negativa del legislador constituyente a crear una super-legalidad constitucional, con el establecimiento de cláusulas de intangibilidad, por razones políticas... fue quien condujo a la regulación de ese procedimiento especial de reforma del artículo 168... Se recoge en él un mecanismo tan complejo, agravado y difícil que, por hacer impensable su puesta en funcionamiento, para lo que en realidad sirve es para convertir, por un medio indirecto, en cláusulas de intangibilidad los contenidos del articulado a que se refiere, y que no quisieron consagrarse abiertamente como límites explícitos al procedimiento de reforma.

El resultado de todo ello, no pudo ser, en verdad, más claro. Pérez Royo,⁸⁰ por ejemplo, lo ha expresado al señalar que:

Ante la imposibilidad de introducir cláusulas de intangibilidad, como se hubiera deseado... para impedir *de iure* el cambio de la Constitución en determinados contenidos, el Constituyente español ha buscado un rodeo para impedir *de facto* tal cambio. De ahí la artificiosidad de un precepto, obligado a

⁷⁹ Cfr. Vega, P. de, “Supuestos políticos y criterios jurídicos en la defensa de la Constitución: algunas peculiaridades del ordenamiento constitucional español”, *Revista de Política Comparada*, núm. 10-11, 1984.

⁸⁰ Cfr. Pérez Royo J., “La reforma de la Constitución”, *Revista de Derecho Político*, núm. 22, 1986.

decir y a proteger lo que se quiere decir y proteger, pero sin poderlo afirmar expresamente.

En la medida en que en el terreno de la práctica permite decir de la actual Constitución Española aquello que Bryce señaló respecto del régimen monárquico en la Constitución francesa de 1875, es decir, que, aunque no lo sea desde el punto de vista técnico y formal, era realmente inalterable, es menester indicar que la solución arbitrada, por el último Constituyente español resulta altamente útil para los intereses de la Casa Real reinante, que, en definitiva, es lo que se trataba de proteger. Lo que se deriva, de manera directa e inmediata, de la excesiva complejidad procedimental establecida por el artículo 168. Excesiva complejidad que por ser en cierto modo absurda, y en muchos casos arbitraria, hace que, como, de la mano de Publio, ha quedado dicho, el *amending process* en él establecido sea verdaderamente criticable desde los esquemas más generales de la Teoría del Estado y de la Constitución. Y es que, en efecto, no le falta razón al maestro De Vega cuando denunció que se trata de un mecanismo que.

Está cargado de contradicciones que pugnan con las más elementales reglas de la economía procesal. Ciertamente existen otros sistemas con trámites similares a los establecidos en el artículo 168... donde también, una vez aprobada la decisión de reforma por el Parlamento, se procede a su disolución para que las Cámaras nuevamente elegidas, la ratifiquen. No obstante, en el Derecho comparado se suele entender... que las elecciones generales sirven en este caso como una especie de consulta refrendataria indirecta... Lo que resulta anómalo de nuestro ordenamiento es que, después de la aprobación por dos tercios en las Cámaras que proponen la reforma, y después de la ratificación por dos tercios en las Cámaras nuevamente elegidas, se proceda a un ulterior referéndum para la aprobación definitiva.

Compartir la crítica, no ha de ser muy difícil de lograr. Bástenos con referirnos, y siguiendo, como siempre, las atinadas observaciones realizadas por De Vega, a dos aspectos controvertidos y que, en todo caso, se encuentran íntima, intrínseca y esencialmente relacionados, de suerte tal que el primero es, justamente y de un modo muy concreto, el fundamento de la censura al segundo.

En primer lugar, el procedimiento del artículo 168 es criticable, y mucho, por someter la materialización de la modificación formal del texto, o, si se prefiere, de las materias expresamente reservadas al mismo, a la aprobación de dos Legislaturas distintas y sucesivas. Es verdad que en

favor del modelo diseñado por el Constituyente de 1977-1978 podría alegarse que, aunque innegablemente complejo, los requerimientos y exigencias formales en él establecidos no llegan, ni mucho menos, al nivel establecido por el Constituyente francés de 1789-1791 cuando reguló la posible revisión de la Constitución ideando un procedimiento de reforma que, como bien señaló Arnoult, ofrece múltiples flancos a la crítica. Ahora bien, esto no debe hacernos olvidar que tal sistema puede chocar, de manera radical y definitiva, con la propia esencia del instituto de la *Verfassungsänderung*, y ello, por la sencillísima razón de que puede incapacitarle para actuar como el gran instrumento de defensa tanto de la Constitución vigente como, y desde una perspectiva más general, de la democracia. Es menester recordar que enfrentados al sistema de la aprobación de la reforma en varias legislaturas, la mayoría de la doctrina (P. Biscaretti, K. Loewenstein, K. C. Wheare, G. Contini, N. Pérez Serrano, R. Calzada...), se ha mostrado crítica con el mismo en cuanto que su correcto ejercicio puede verse alterado por el deseo de las fuerzas políticas con representación parlamentaria de hacer prevalecer sus intereses concretos y coyunturales, e incluso meramente personales y vinculados al que Montesquieu denominaba el “principio del honor”, sobre los propios intereses constitucionales. Téngase en cuenta que la exigencia de que la revisión haya de aprobarse en dos o más Legislaturas distintas y sucesivas, puede, a la postre, hacer que la reforma no se aborde cuando la misma se presente como políticamente conveniente, jurídicamente necesaria e históricamente ineludible e inaplazable, sino en algún momento posterior, y ello como consecuencia de los intereses, individuales o colectivos, de los propios parlamentarios. En efecto, de lo que se trataría, y aquí reside, precisamente, su gran falla, es dejar la puesta en marcha del procedimiento de revisión para el final de la Legislatura y, de esta suerte, soslayar el peligro de que, en las nuevas elecciones generales, los parlamentarios individuales, que habían apreciado la necesidad de la reforma, perdieran su escaño sin agotar su mandato.

En segundo término, es menester referirse a la exigencia del referéndum obligatorio para la definitiva aprobación de la reforma total o de la revisión que se refiera al Título Preliminar, al Capítulo 2o., Sección 1a. del Título I o al Título II, mientras que tan solo se prevé el referéndum facultativo para el resto de las reformas parciales. En este punto, resulta obligado, y en extremo pertinente, detenerse a hacer alguna precisión, que, en la medida en que posteriormente habremos de referirnos de nuevo a la problemática del referéndum, ha de ser breve.

Ningún constitucionalista puede ignorar que el principio básico y medular de toda la teoría democrática del Poder Constituyente es el de que

porque el pueblo se presenta, en cuanto que titular del ejercicio de la soberanía, como el único sujeto legitimado para aprobar la Constitución, es asimismo al pueblo, que conserva la condición de titular del poder soberano aunque no actúe como tal en el marco de un Estado constitucional ya operante, al que ha de corresponderle la facultad para proceder a la modificación formal de aquélla. Del mismo modo, tampoco podría desconocer, ni olvidar, ningún constitucionalista que la puesta en marcha de este principio, que es, por lo demás, esencial y connatural a la propia lógica del Estado constitucional mismo, encuentra, sin embargo, no pocas dificultades en el marco de los esquemas, teóricos y prácticos, de la democracia representativa, en virtud de la cual todo el proceso de toma de decisiones políticas fundamentales, y ya se trate de la aprobación de leyes ordinarias, ya de la actuación en el ámbito de la normativa fundamental, de residencia en las Asambleas parlamentarias y que, en consecuencia, tiene como únicos protagonistas, posibles y reales, a los representantes elegidos por los ciudadanos.

No es éste el momento oportuno para detenerse a recordar los problemas operativos que se derivan de la tensión entre las concepciones del demócrata radical Rousseau y las del liberal aristócrata y elitista Montesquieu y del hecho de que fueran las tesis defendidas por el segundo las que terminaron aceptando los primeros revolucionarios liberal-burgueses americanos y franceses de finales del siglo XVIII para llevar a cabo la ordenación concreta del propio Estado constitucional. Del mismo modo, tampoco lo es para pararnos a explicar que fue por cuanto que, con la ineluctable conversión de la soberanía de la nación en la soberanía parlamentaria, un tal sistema no hacía más que elevar, en un primer momento, a la oligarquía burguesa y, posteriormente, a las oligarquías de los partidos políticos a la condición de únicos depositarios legítimos del poder soberano del Estado, por ello la idea de que el *Pouvoir Constituant* puede ser representado terminó convirtiéndose en la regla general en el viejo continente.

Lo que nos interesa es solo poner de manifiesto que, no obstante lo anterior, tampoco los europeos renunciaron a hacer realmente efectivo ese principio esencial, nuclear y basilar del dogma político de la soberanía del pueblo. Tanto es así, que bien podría decirse que la historia político-constitucional europea de finales del siglo XVIII, todo el XIX y una gran parte del XX se ha definido, en muy buena medida, por el constante esfuerzo por hacer valer, tanto en el momento de aprobar la Constitución como a la hora de proceder a su revisión, la voluntad soberana del pueblo frente a la voluntad no soberana de los representantes parlamentarios, y

por el empeño en lograr conciliar éste con los corolarios que se derivan de la democracia representativa. Y, en todo caso, es menester indicar que el modo en que, se realizó cuando se abordó con seriedad esta pretensión, no pudo ser, en verdad, más simple, y, como no podría ser de otra forma, esto se concretó en la matización del propio sistema representativo, que tiene una clara implicación liberal, con la incorporación de mecanismos que hundan sus raíces en el más puro pensamiento del democratismo radical rousseauniano. Pedro de Vega lo ha puesto de manifiesto de modo magistral. Así, escribe

Precisamente para evitar que este derecho irrenunciable del pueblo [a decidir por él mismo los modos y las formas en que va a ser gobernado] pudiera convertirse en una mera declaración nominal, y que el ejercicio efectivo de la soberanía y del poder constituyente recayera exclusivamente en las Asambleas representativas o Convenciones, se abrió paso... la tesis rousseauniana de la necesidad de ratificar por el propio pueblo los textos constitucionales elaborados y discutidos por las Asambleas.

Desde estas perspectivas, la decisión del Constituyente de supeditar la definitiva aprobación de la *Verfassungsänderung* a la aprobación refrendataria de la misma por los ciudadanos del Estado no solo resulta plena, total y absolutamente coherente con los principios que se derivan de la teoría democrática del *Pouvoir Constituant du Peuple*, sino que podría, incluso, llegar a entenderse como una auténtica obligación por parte de aquél el establecer este trámite procedimental. Lo que se justificaría desde la creencia de que, como, de algún modo, sostiene Pergolesi,⁸¹ la omisión de la exigencia de la consulta refrendataria, y la consecuente presunción de que, en tanto en cuanto la revisión ha sido elaborada, discutida y aprobada por unos parlamentarios que han sido elegidos por el cuerpo electoral, la reforma operada responde, siempre, y de forma tan necesaria como indiscutible, a la voluntad del pueblo, puede llegar a considerarse como un manifiesto y patente atentado al principio fundamental del dogma político de la soberanía popular, el cual, por lo demás, solo adquiriría auténtica realidad y entidad gracias, justamente, a la exigencia de la aprobación en referéndum de la reforma.

Lo anterior resulta de una singular certeza en aquellos sistemas en los que la elaboración del proyecto de revisión se lleva a cabo por el titular del Poder Legislativo ordinario, el cual lo aprobará por el acuerdo de una

⁸¹ Cfr. Pergolesi F., *Diritto Costituzionale*, 15a. ed., Padua, 1972, 2 ts.

mayoría cualificada de sus miembros, expresado en una o varias votaciones pero siempre, y esto es lo importante, en la misma Legislatura. Piénsese que, en este supuesto, y como han hecho ver, por ejemplo, Cereti,⁸² Cicconetti,⁸³ Lucifredi,⁸⁴ Ruini⁸⁵ o Calzada, no siempre es deducible el que, en la medida en que la reforma ha sido aprobada por una mayoría cualificada de los miembros del Parlamento, y que ésta se formó como resultado de los últimos comicios, ha de entenderse que siempre, y de manera indiscutible, la modificación formal del texto constitucional goza del consentimiento real del cuerpo político, siquiera éste sea tácito. Es más, en muchas ocasiones una tal presunción puede ser del todo gratuita.

La reforma de la Constitución Española de agosto de 2011 nos ofrece un magnífico ejemplo a este respecto. Recuértese que los dos partidos mayoritarios en las Cortes fueron muy tajantes en su negativa a la celebración del referéndum facultativo previsto en el artículo 167. Su justificación no pudo ser más simple. Coincidiendo, aunque con toda probabilidad sin saberlo, con lo afirmado por Contini respecto del sistema italiano, toda su argumentación descansa en la siguiente proposición: la celebración de la consulta refrendataria se presenta como algo absoluta, radical y totalmente superfluo en tanto que el texto aprobado ha obtenido el consenso del PSOE y PP, y que éstos habían recibido el apoyo de una amplísima mayoría del cuerpo electoral en las elecciones de 2008, solo cabe entender que la reforma por ellos aprobada goza también de la aprobación tácita o presunta de la mayoría del pueblo español en su conjunto. Ahora bien, ocurre que aun cuando la presunción establecida por los dirigentes de ambas organizaciones partidistas es la que se deriva de los esquemas de la democracia representativa con mandato libre, y que resulta inapelable cuando la misma se proyecta sobre la legislación ordinaria, únicamente puede ser comprendida como una presunción *iuris tantum* cuando se refiere a la *Verfassungsänderung*, y justamente por la importancia de la materia sobre la que versa la actividad normativa de los representantes. Es aquí donde aparece el problema de tratar de deducir el apoyo tácito del cuerpo político, y donde, a nuestro juicio, tenían toda la razón los partidos minoritarios al demandar la celebración del referéndum. Y ello, porque resulta muy difícil entender que los ciudadanos estén tácitamente de acuerdo con un revisión constitucional que, como

⁸² Cfr. Cereti C., *Corso de Diritto Costituzionale italiano*, 2a. ed., Turín, 1949.

⁸³ Cfr. Cicconetti, S. M., *La revisione de la Costituzione*, Padua, 1972.

⁸⁴ Cfr. Lucifredi, R., *La nuova Costituzione italiana*, Milán, 1952.

⁸⁵ Cfr. Ruini, M., *Il referendum popolare e la revisione della Costituzione*, Milán, 1953.

sucedía, había sido planteada al final de la Legislatura, versaba sobre un asunto que no se planteaba, ni parecía necesario plantear, en 2008, y que, por último, había sido justificada por sus promotores como el mecanismo adecuado para satisfacer las exigencias y los intereses, no del pueblo español al que, según el artículo 1.2, corresponde la soberanía, sino de lo que eufemísticamente se llama hoy “los mercados”.

Pero si es, por referirnos tan solo al derecho español, en el supuesto del *amending process* establecido en el artículo 167 donde la exigencia, claramente democrática, del referéndum popular para la definitiva aprobación de la revisión adquiere su verdadero sentido, auténtica entidad y pleno significado, es lo cierto que la misma puede, sin embargo, llegar a considerarse como un trámite superfluo cuando, como sucede en el artículo 168, entre la fase de determinación del principio de reforma y la aprobación de la modificación formal del texto median unas elecciones generales, que, en definitiva, y como, desde una perspectiva general, han indicado, por ejemplo, un Bryce o un Cereti, otorgan ya al sistema un inequívoco carácter democrático. Lo que se explicaría por cuanto que, como, entre otros y desde las más diversas consideraciones, han puesto de manifiesto Arnoult, Mortati,⁸⁶ De Vega, Cicconetti, Contini y Calzada, en este supuesto, las elecciones de las que surgirá la Cámara que aprueba definitivamente la reforma adquieren una naturaleza innegablemente refrendataria en el sentido de que, al girar toda la campaña sobre el contenido de la revisión y verse obligadas las distintas fuerzas políticas a posicionarse sobre la misma, permiten un pronunciamiento indirecto de los ciudadanos sobre la modificación formal que los gobernantes pretenden llevar a cabo. De esta suerte, y volviendo de nuevo a la normativa vigente en España, lo que sucede es que bien puede entenderse que, a diferencia de lo que ocurre con las Cortes que actúan el *amending process* contenido en el artículo 167, estas segundas Cortes Generales a las que se refiere el artículo 168 sí tendrían conferido por el pueblo aquel poder extraordinario que, como ya hemos visto, requería Sieyès para que el Parlamento pudiera válida, lícita y legítimamente actuar en el nivel de la norma constitucional.

De todos modos, es necesario advertir que si el artículo 168 se muestra como un instrumento indudablemente práctico al servicio de la Corona, no por ello ha de considerarse que la solución adoptada por el Constituyente sea un ejemplo de una buena técnica jurídico-constitucional. Más bien ha de afirmarse lo contrario. Esto es, que ni siquiera actúa como un

⁸⁶ Cfr. Mortati, C., *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 9a. ed., Padua, 1985, 2 ts.

buen mecanismo para asegurar la forma de gobierno monárquica en España y bajo la vigencia formal y material del texto de 1978. Y es que, en efecto, lo que sucede es que, como ha precisado el profesor De Vega, nos encontramos ante un *amending process* que resulta muy criticable en tanto que “cuando [el mismo] se enfoca desde el punto de vista de su funcionalidad política, puede incluso resultar peligroso, generando efectos contrarios a los que con él se pretendieron lograr”.

Esto último ha de ser fácil de comprender. Bastará con tomar en consideración la gran diferencia que existe entre lo que sucede en los ordenamientos constitucionales en los que la forma de gobierno ha sido incorporada a una cláusula de intangibilidad, y los beneficios prácticos que de ello se derivan, y lo que sucede en el supuesto español. El artículo 139 de la Constitución italiana de 1947 nos ofrece un magnífico ejemplo en este sentido. De todos es conocido que, no siendo viable la doctrina de la doble revisión con la que los partidarios de la monarquía italiana trataron de presentar como una hipótesis válida, lícita y legítima una posible revisión que tuviera por objeto el cambio de la República por una nueva monarquía, no hay posibilidad alguna en Italia de que las fuerzas políticas pongan en discusión la forma de gobierno, al menos mientras continúe en vigor el texto de 1947. Que ello sea así, no es complicado de entender, al menos desde la lógica de una forma política que se define porque los poderes constituidos solo pueden hacer aquello que les está permitido por el derecho. Lo que significa que si la República es intangible en Italia es porque fue la voluntad soberana del Constituyente la que, de una manera clara, precisa y expresa, excluyó la decisión sobre la misma del haz de facultades del poder de reforma. Ahora bien, lo que nos interesa es tratar de delimitar el sentido y el alcance que tiene esa prohibición, y que se manifiestan en un doble sentido. En primer término, nos encontramos con que, como señala Zagrebelsky, el límite material expreso consagrado en el artículo 139 no puede tan solo ser interpretado como la mera declaración de intangibilidad de la actual configuración de la Jefatura del Estado, sino que ha de entenderse, por el contrario, que incluye también la prohibición de cualquier intento de derogar, incluso aunque sea con la utilización del procedimiento de reforma, todos aquellos principios irrenunciables de la institución democrático-republicana que, en cuanto tales, forman parte del núcleo esencial e irreformable de la Constitución. En segundo lugar, ocurre que si la cláusula de intangibilidad del artículo 139 tiene esta virtualidad, lo cierto es, sin embargo, que se trata de una prohibición genérica que en modo alguno excluye el que puedan operar-

se cuantas revisiones sean, por el motivo que fuere, necesarias en los artículos concretos que regulan esa institución democrático-republicana.

Todo lo contrario sucede en el actual derecho constitucional español. En efecto, lo que sucede es que, al menos teóricamente, las fuerzas políticas podrían en cualquier momento plantear la cuestión de la forma de gobierno y, por no existir ninguna previsión específica al respecto, podrían asimismo proceder a la proclamación de la Tercera República española con la mera puesta en marcha del procedimiento de reforma establecido en el artículo 168, y sin más límite que el que, como se desprende de la propia caracterización de la monarquía constitucional hecha por Stahl, esta Tercera República habría de responder a la organización del sistema de gobierno parlamentario. Sin embargo, la excesiva complejidad procedimental del sistema, así como la elevada carga política que la operación puede implicar, determinan que sea lamentablemente inviable el que se lleve a cabo cualquier modificación formal, incluso aunque tuviese un mero carácter de mejora técnica, de cualquiera de los artículos sometidos a la reserva de procedimiento establecida por el artículo 168,⁸⁷ y de manera principal los contenidos en el Título II.

Ha sido, de todos modos, la propia dinámica española la que ha venido a confirmar que esto es así. Y ha sido también esa misma dinámica jurídica y política la que, en definitiva, obliga a dar la razón al maestro De Vega cuando criticó la decisión del Constituyente de substituir las cláusulas de intangibilidad por la adopción del proceso de reforma contemplado en el artículo 168, señalando que:

No se cayó en la cuenta, sin embargo, de que, cuando en las Constituciones se introducen cláusulas de intangibilidad, se establecen prohibiciones genéricas de reforma que no impiden la modificación de artículos concretos... Lo que ocurre con el artículo 168 es exactamente lo contrario. No se declara la irreformabilidad de la forma política del Estado, pero de hecho se imposibilita la modificación de los artículos relativos a la Corona. Y qué duda cabe que circunstancias históricas y políticas pueden hacer aconsejable la modificación de algunos de estos artículos... De esta suerte, el simple cambio de un artículo sobre la Corona, por el complicado mecanismo exigido en el artículo 168, en el supuesto de hacerse necesaria su reforma, terminaría generando un trauma político y constitucional grave.

⁸⁷ Cfr., en este sentido, Calzada Conde, R., "La garantía normativa de la rigidez: ¿especial protección de los derechos fundamentales y libertades públicas?", *Introducción a los derechos fundamentales*, Madrid, 1988, vol. I.

La suerte corrida por el anuncio realizado, en 2004, por Rodríguez Zapatero de que se iba a proceder a la reforma del artículo 57.1 de la actual Constitución, no permite llegar a otra conclusión. Todos, con independencia del grupo académico al que pertenezcamos, o de la metodología que nos parezca más adecuada, debíamos estar de acuerdo en ello.

Lo que debe ponerse de relieve es que fue el temor de que el referéndum preciso para la válida aprobación de la revisión pudiera convertirse fácticamente en un auténtico plebiscito sobre la forma de gobierno, lo que determinó el que la anunciada reforma quedase relegada al olvido. Lo que, en definitiva, supone que, frente a quienes ingenuamente sostenían que:

Yo no veo que el artículo 168 plantee graves problemas. Bien porque las materias a las que se refiere son las decisiones políticas fundamentales de la Constitución o los valores indispensables... que deben estar por encima de toda discusión, o bien porque hacen referencia al Título II, cuyos artículos o son dignos de protección, o son el resultado de una tradición histórica... se puede considerar que no necesitarán alteración alguna en tanto la Monarquía Parlamentaria siga siendo la forma política del Estado español (J. Pérez Royo).

Han adquirido auténtica realidad, entidad y naturaleza aquellas críticas realizadas por el profesor De Vega, y se ha puesto de manifiesto que tenía toda la razón cuando advirtió que se trataba de un *amending process* que no funcionaría jamás.

Lo único que habría que añadir es que la práctica ha puesto de manifiesto que los altamente distorsionantes efectos que mi dilecto maestro predicaba del artículo 168, se han mostrado todavía más perniciosos, y, por ello mismo, más peligrosos para el propio mantenimiento de la forma política Estado constitucional democrático y social entre nosotros. Lo que resulta palmario si se toma en consideración que su verdadera virtualidad no ha sido, y ello es ya lo suficientemente grave, la de impedir las necesarias modificaciones de los preceptos a los que este artículo se refiere, y que van ciertamente más allá de la problemática de la forma de gobierno. Por el contrario, lo que ha hecho, ha sido petrificar en el terreno de los hechos todo el ordenamiento constitucional. La prueba de ello, es que no solo se ha abandonado la idea de revisar el artículo 57.1, sino que, por el temor a las consecuencias que pudiera generar para la monarquía, se ha optado por no llevar a cabo las otras reformas a las que se refirió Rodríguez Zapatero en 2004, ni otras muchas que fueron

incorporándose a aquella propuesta —la mayoría de las cuales deberían substantiarse según lo dispuesto en el artículo 168—, y que si respondían, y de forma patente, a la idea de que la *Verfassungsänderung* deviene políticamente conveniente cuando resulta jurídicamente necesaria e históricamente ineludible, ineluctable e inaplazable.

De lo anterior se deriva otra consecuencia que, incluso a riesgo de ser acusado de vanidoso y soberbio, no quisiera silenciar. Me refiero a la circunstancia de que ha sido la propia dinámica de la España de 1978 la que ha venido a darme la razón en el juicio, ciertamente poco favorable, que, partiendo de las enseñanzas de Pedro de Vega, formulé⁸⁸ en relación a la escasa operatividad práctica de este procedimiento de revisión, y sobre la nula posibilidad de proceder a la corrección del mismo. Piénsese, en este sentido, que frente a la tesis —fundamentada en la idea, defendida ya por Mortati, Hesse y Ehmke,⁸⁹ conforme a la cual el *amending process* puede ser objeto de una revisión constitucional siempre y cuando la misma no suponga el abandono del principio de rigidez—, defendida por Calzada Conde, según la cual ante la imposibilidad de poner en marcha el procedimiento contemplado en el artículo 168, lo que, utilizando este mismo mecanismo para operar su modificación:

Sí puede hacerse, cuando... fuere necesario jurídicamente reformar el procedimiento previsto en el precepto que nos ocupa, es... remover las mayorías o la traba que suponga la ineficacia de este procedimiento, siempre que no se olvide que el nuevo artículo debe seguir respondiendo al principio de rigidez o de preeminencia de la Constitución... Con esta hipotética solución se intenta resolver la concepción que considera el procedimiento previsto en el artículo 168 como inviable *per secula seculorum*.

Lo que al final ha ocurrido es que tenía yo razón cuando escribí que:

La aceptación de esta tesis elimina, cuando menos en el plano teórico, el riesgo de pretrificaciones de la Constitución. Sin embargo, tenemos ciertas dudas en cuanto a su posible virtualidad práctica en un futuro inmediato. Téngase en cuenta que si el procedimiento del artículo 168 es tan complicado que impide la reforma de todos los artículos a que se refiere, esa misma com-

⁸⁸ Cfr. Ruipérez, J., “Una cuestión nuclear para la Teoría del Derecho Constitucional: sobre la reforma de la Constitución y sus funciones en el Estado Constitucional democrático”, *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, núm. 1, 1997.

⁸⁹ Cfr. Ehmke, H., *Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlín, 1953.

plejidad y agravamiento impedirá... su puesta en marcha cuando se pretenda su automodificación. Podría pensarse, y así nos consta que lo hace Rogelia Calzada, que en el supuesto de hacerse necesaria la reforma, se impondría la lógica de la racionalidad del sistema democrático sobre los propios intereses partidistas que condujeron a la introducción del artículo 168. De esta suerte, se dirá que, una vez comprobado en la práctica que este artículo no permite realizar las revisiones política y jurídicamente pertinentes, todas las fuerzas políticas se pondrían de acuerdo en la necesidad de su substitución... Ahora bien, dado el actual sistema de partidos en España, y la correlación de fuerzas en el Parlamento, tampoco nos parece que esto último sea una posibilidad real a corto plazo. Piénsese que, al consentir la modificación del artículo 168, lo que se estaría haciendo no es sino abrir la puerta a la posible reforma de determinadas instituciones —entre ellas [y principalmente] la Corona—, y no puede olvidarse que esto era... lo que se quería evitar con este artículo.

Y es, de todos modos, por esta imposibilidad por la que se produce mi acuerdo total con el juicio general que, formulado también desde las enseñanzas que a ambos nos transmitió el maestro De Vega, la profesora Calzada realiza sobre lo criticable que resulta el excesivo grado de rigidez con el que el Constituyente de 1977-1978 revistió este *amending process* especial, en tanto que una opción tal “no hace más que favorecer la utilización de las vías de hecho. Se convierte así esto procedimiento de Reforma en una paradoja, toda vez que la Reforma Constitucional debe, precisamente, posibilitar y no, por el contrario, obstaculizar la transformación de la Constitución por los cauces legales”.

En tales circunstancias, surge ante nosotros un último interrogante que, aunque no podemos darle una respuesta, no podemos dejar de consignar. Éste se concreta en la pregunta de hasta qué punto todos aquellos estudiosos adscritos al positivismo jurídico que, apelando a las más puras concepciones democráticas y, de modo particular, a la idea contenida en la máxima revolucionaria de *Le Pouvoir Constituant d'un jour n'aucun titre à limiter le Pouvoir Constituant de l'avenir*, llegaron a la conclusión de que la aprobación del artículo 168 constituía, de manera indisputable, uno de los más grandes, si no el más grande, acierto del legislador constituyente de 1977-1978, no deberían, viendo lo que ha sucedido en la práctica, mudar su parecer, y proceder ahora, no digo yo que, al modo jeffersoniano, a decretar su absoluta nulidad, pero sí a condenarlo en cuanto que el mismo termina por erigirse en un incuestionable instrumento para, por seguir con la imagen de Jefferson, lograr someter a las generaciones futuras a la voluntad de las generaciones del pasado, y, en definitiva, a que

las primeras no puedan jamás plantearse la cuestión de la posible sustitución de la actual monarquía parlamentaria por una república también parlamentaria.

V. LA HIPÓTESIS DE LA REFORMA TOTAL: ¿MERA OPERACIÓN JURÍDICA LIMITADA O ACTO REVOLUCIONARIO?

El segundo de los caracteres más notables del mecanismo a través del cual puede llevarse a cabo la revisión de la actual Constitución Española —y en el que, por todo lo dicho en el apartado anterior, y para no resultar reiterativos, no es preciso extenderse demasiado—, es el que se refiere a la decisión del constituyente de haber previsto la hipótesis de la revisión total. La figura, aunque no muy extendida, no es desconocida en el derecho comparado. Es más, debemos a Borgeaud⁹⁰ la observación de que en el primer documento de gobierno que previó la posibilidad de su propia transformación, el texto constitucional de Massachusetts de 1780, sus autores lo hicieron sancionando un procedimiento que resultaba indiscutiblemente apropiado para realizar reformas totales del texto constitucional, pero de muy escasa utilidad para atender la, sin disputa mucho más frecuente, necesidad de verificar revisiones parciales. De ahí, justamente, el que el mismo Borgeaud considere que fue en realidad con el Código Constitucional federal con el que realmente hizo su entrada en la historia el principio de rigidez, y que fue por emulación a éste como dicho principio se introdujo en las Constituciones estatales ya en el siglo XIX, siendo la Constitución de Connecticut, elaborada por la Convención de Hartford en 1818, la primera entre los textos estatales que, en su artículo 11, reguló el procedimiento de reforma constitucional, y siguiendo ya el ejemplo de ésta se consagraría en los códigos jurídico-político fundamentales de Maine y Alabama, ambas de 1819, y, finalmente, acabaría imponiéndose en todas las Constituciones de las colectividades federadas.

No obstante lo anterior, es menester indicar que, en muy buena medida por lo confuso de su nombre, la posibilidad misma de las reformas totales no ha sido, en modo alguno, una cuestión pacífica en el ámbito teórico. Polémica que va desde quienes, atendiendo a que suele establecerse una mayor complejidad procedimental y se requiere la intervención di-

⁹⁰ Cfr. Borgeaud, Ch., *Établissement et révision des Constitutions en Amérique et en Europe*, París, 1893.

recta del cuerpo electoral, predicando no solo su posibilidad, sino también su plena validez, licitud y legitimidad (P. Biscaretti,⁹¹ C. J. Friedrich...), a quienes, por considerarlo una auténtica traición a la voluntad soberana del pueblo que encuentra su expresión normativa en el texto de la Constitución, niegan que sea admisible el que pueda procederse a la revisión total, pasando por aquéllos que, como hace De Vega, entienden que aun cuando el Constituyente haya previsto esta figura, es lo cierto que en su materialización real y práctica la misma nunca podrá ser verdaderamente una “reforma total” en la medida en que como mínimo los contenidos esenciales de los principios democrático, liberal y de supremacía constitucional jamás podrían ser derogados por el poder de reforma constitucional, que, aunque ciertamente extraordinario en la medida en que está legítimamente autorizado para actuar en el nivel de la normativa fundamental, no deja de ser un poder constituido. Como es obvio, no podemos, y pese a su indudable interés, detenernos a realizar una exposición exhaustiva y pormenorizada de cada una de las posiciones, no siempre coincidentes ideológica y doctrinalmente, defendidas por cada uno de los autores que se han pronunciado sobre el particular. Nos remitimos, por ello, a la exposición realizada por Calzada en la que fue su muy brillante memoria de Tesis Doctoral.

Lo que ahora nos interesa es solo referirnos a las consecuencias que la decisión del Constituyente ha tenido para la obtención de una ponderada y cabal comprensión del instituto de la *Verfassungsänderung* en el derecho constitucional, teórico y práctico, elaborado en España desde la entrada en vigor de la Constitución. De esta suerte, lo primero que hemos de consignar es que la constitucionalización de la reforma total ha sido recibida de muy diversa manera por los estudiosos del derecho constitucional, y tanto en su posibilidad misma como en cuanto a su posible extensión. En este sentido, nos encontramos con que no han faltado autores (J. Jiménez Campo, M. Aragón...) que no solo han aplaudido el que esta hipótesis se haya consagrado en el Código Constitucional, lo que justifican por entenderlo como una magnífica respuesta normativa a la exigencia del más puro pensamiento democrático, sino que, además, van a felicitar esta opción desde el entendimiento de que la misma no supone más que la autorización hecha por el Constituyente a favor del poder de revisión para que éste, con la obligada observancia de todos los requerimientos y exigencias formales previstas en el artículo 168, pueda ejecutar tanto a la mera materialización del cambio en el orden constitucional, como a la

⁹¹ Cfr. Biscaretti di Ruffia, P., *Derecho Constitucional*, Madrid, 1965.

verificación de actos revolucionarios, a través de los cuales, y con absoluto respeto al sistema de legalidad, podría procederse a la creación de un régimen político nuevo y al establecimiento de un ordenamiento constitucional radicalmente diferente al que existía cuando el *amending process* fue puesto en marcha.

Nadie puede ignorar que la anterior interpretación de la revisión total —que, por lo demás, ha de resultar especialmente grata a las fuerzas del nacionalismo conservador catalanista y vasquista, sobre todo en su empeño, que empieza a hacerse manifiesto y patente a partir de 1995, se enuncia formalmente en la “Declaración de Barcelona” de 1998 y, por último, trata de materializarse en el plano normativo desde los primeros años de 2000, por transformar el actual Estado de las autonomías en una suerte de Confederación de Estados articulada sobre los esquemas políticos a los que parecía responder el viejo monarquismo alemán—, encierra una serie de consecuencias que pueden chocar con el correcto y adecuado funcionamiento del régimen constitucional. Consecuencias que son tanto de carácter práctico como teórico, y que resultan, dicho sea con el mayor de los respetos y, naturalmente, dando por supuesto que en modo alguno era la intención de sus mantenedores favorecer tal situación, extremadamente graves para el mantenimiento, desarrollo y consolidación del Estado constitucional democrático y social, que fue, de manera indiscutible, el que diseñó el último constituyente español.

Téngase en cuenta que mantener que la reforma total supone que el poder de revisión está autorizado para llevar a cabo actos revolucionarios, y ello por cuanto que aquél, equiparado en todo al *Pouvoir Constituant* originario y sin atender siquiera al hecho de que uno actúa en el momento revolucionario y fáctico y otro en el seno del Estado constitucional ya operante, se configura, y en el más alto nivel normativo del Estado —y, en todo caso, rompiendo el principio básico, central, medular y basilar de la propia forma política “Estado constitucional”, conforme al cual, y como nos dicen, por ejemplo, Friedrich y Kriele,⁹² en su seno, y porque todos los poderes que actúan en él, como garantía de la libertad, han de ser limitados, no puede existir un poder soberano actuante, al menos en condiciones de normalidad—, como un poder absoluto, soberano y que aun cuando limitado en las formas de su actuación, se presenta, sin embargo, como un poder ilimitado en el contenido material de su voluntad,

⁹² Cfr. Friedrich, C. J., *La democracia como forma política y como forma de vida*, 2a. ed., Madrid, 1965; *Gobierno constitucional y democracia. Teoría y práctica en Europa y América*, Madrid, 1975, 2 vols.; M. Kriele, *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimación del Estado constitucional democrático*, Buenos Aires, 1980.

únicamente puede conducir a una situación que solo, y desde la más elemental lógica jurídica y política inherente al propio constitucionalismo, puede ser considerada como absurda. Piénsese que cuando se considera que el poder de revisión es el propio Poder Constituyente, y con las mismas potestades que éste, lo que sucede es que, como muy bien ha puesto de manifiesto, en su insuperado, y seguramente insuperable, *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Pedro de Vega:

En cualquier caso se trata de un poder autolimitado en el procedimiento, pero absolutamente libre y soberano en el objeto y en el contenido de su voluntad. Y, naturalmente, un poder que conserva sus plenas facultades soberanas y es libre en el objeto, por necesidad seguirá siendo un poder constituyente... Su condición de poder constituido en la forma y en el procedimiento no dependería, en definitiva, de la Constitución, sino de su propia voluntad. Igual que como poder libre y soberano, en determinados momentos, puede acatar los procedimientos de actuación establecidos en la norma fundamental, en otras circunstancias puede no hacerlo. Lo que equivale a indicar que las reformas constitucionales no serían explicables, en ningún caso, como resultado de la supremacía de la Constitución, capaz por sí misma de legalizar el cambio y controlar sus propios procesos de transformación, sino como producto de la voluntad autónoma y libre del poder constituyente. Llevando el razonamiento hasta sus últimas consecuencias, todo esto quiere decir que, cuando la revisión se concibe como obra de un poder soberano en el objeto, aunque se presente como constituido y limitado en el procedimiento, la propia institución de la reforma constitucional, en cuanto expresión de la continuidad jurídica del ordenamiento, deja de tener sentido.

Directamente relacionado con esto, surge la segunda consecuencia perniciosa de la interpretación de la reforma total que ahora nos ocupa. Nos referimos a que lo que afirma esta tesis es que, en virtud del artículo 168, el poder de reforma no solo está facultado para llevar a cabo la modificación del texto, sino que también lo está para proceder a la derogación de éste y a su sustitución por una Constitución nueva, más o menos parecida o más o menos diferente a la actual. Lo que significa que aquella distinción, planteada, por ejemplo, por Schmitt entre la reforma, la aprobación de un nuevo texto constitucional, la supresión o cambio de Constitución, y, por último, la destrucción de la Constitución, que siempre había sido necesaria en el marco de una Teoría del Estado y de la Constitución que tenga por objeto, y que, además, no puede tener otro, el hacer verdaderamente efectivas y reales las ideas de democracia y libertad, y que se había convertido

en un imperativo insoslayable para el constitucionalismo surgido a partir de 1945, no puede formularse en el actual derecho español, y ni tampoco tendría sentido el plantearse la si quiera como un problema teórico. Y ello, por la sencillísima razón de que, a la luz de la tesis que comentamos, todas estas hipótesis se presentan como problema teórico.

Es en esta circunstancia donde reside el motivo de que la reforma total, al menos interpretada —al modo de aquel Schmitt⁹³ que, todavía en 1979, y contrariando lo que afirmaba en 1928, justificaba la aniquilación de la Constitución alemana de 1919 por parte del nazismo en términos de “revolución legal”—, como la legalización de la revolución, haya sido generalmente considerada como una hipótesis a rechazar y no como el más claro exponente de la eficacia del principio democrático en el Estado constitucional ya operante. Lo que no ha de resultar muy difícil de comprender. Basta con considerar que esta concepción supone que el Constituyente estaría abriendo la puerta a la posibilidad de que, como sucedió en la República alemana de 1919, una fuerza política partidaria del totalitarismo y que hubiera resultado vencedora en los últimos comicios, pudiera proceder a la destrucción y aniquilación absoluta del sistema de libertad total en que se concreta el Estado constitucional, con tan solo respetar formalmente el principio de legalidad establecido por la Constitución, y aunque ello suponga la negación radical y definitiva del principio de legitimidad en que aquélla se fundamenta. Pero, y esto es importante, la situación sería todavía peor que en Weimar. El profesor De Vega ha hecho unas observaciones fundamentales a este respecto, a las que no podemos dejar de referirnos. Piénsese que en la Alemania del periodo entre guerras, y estando cuando menos formalmente vigente la Constitución de 1919, la actuación del partido nacional-socialista pudo ser considerada como la verificación de un *fraude à la Constitution* y, en consecuencia, denunciada como la inaceptable comisión de una verdadera transgresión constitucional. Esto no sucedería, empero, y de acuerdo con quienes niegan la existencia de límites materiales a la revisión y afirman la reforma total como acto revolucionario, en la España de 1978. Totalmente ajenos a la idea de que, como indica Esposito, tan irracional es pretender prohibir jurídicamente el que puedan verificarse cambios revolucionarios, que, por tales, serán siempre antijurídicos, como pretender que un orden jurídico estatal dado dé legitimidad a un cambio revolucionario *de facto* que, ateniéndose, sin embargo, a la observación estricta del

⁹³ Cfr. Schmitt, C., “La revolución legal mundial. Plusvalía política como prima sobre legalidad jurídica y superlegalidad”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 10, 1979.

procedimiento legal-constitucionalmente establecido para llevar a cabo la reforma, tenga por objeto imponer una nueva legitimidad, la operación sería, para estos autores, siempre, y sin discusión posible, válida, lícita y legítima. Pero ello supone que con una tal opción lo que se está haciendo es, pura y simplemente, convertir la legalidad del Estado constitucional democrático en el instrumento legitimador del golpe de Estado.

A la vista de lo anterior, y habida cuenta que el actual texto español recoge esta figura, como profesionales universitarios dedicados al estudio del cómo hacer posibles, reales y efectivas las ideas de “democracia”, “libertad” e “igualdad” en un régimen de “libertad total”, lo que hemos de hacer es encontrar una alternativa que, al reconducirla a la propia esencia del instituto de la *Verfassungsänderung*, permita conciliar la hipótesis de la revisión total con el adecuado, correcto y ponderado funcionamiento del Estado constitucional e, incluso, comprenderla como un instrumento de garantía de la Constitución. Lo que, como es obvio, nos obliga a situarnos en los esquemas conceptuales de aquellos autores que admiten como válida la reforma total, aunque, sin embargo, con algún condicionamiento.

Debemos recordar, en este sentido, que la hipótesis de la revisión total fue defendida, desde una óptica general, por Hesse, que, además, le otorga una decisiva y trascendental importancia desde la concepción de la misma como un adecuado instrumento de corrección general de la Constitución vigente en el Estado. Es tan así, que para éste ha de entenderse que es no solo viable en aquellos ordenamientos que expresamente la contemplan, sino que ha de entenderse válida, lícita y legítima también en aquellos otros en los que el *Pouvoir Constituant* no la excluyó, e incluso aunque éste hubiese sancionado cláusulas de intangibilidad. La tesis de Hesse resulta plenamente lógica y, en todo caso, totalmente coherente con su propia concepción de la estática y dinámica constitucionales. En efecto, cuando se entiende, como hace él, que acudir con frecuencia a la técnica de la reforma puede hacer mermar la fuerza de la Constitución, y que, en consecuencia, es preferible que los cambios constitucionales, siempre que puedan presentarse como verdaderas mutaciones, se verifiquen como modificaciones no formales del texto, nada de extraño tiene que se defienda la revisión total como un mecanismo deseable en tanto que con la misma lo que se lograría sería que, con una única puesta en marcha del *amending process*, el código constitucional pudiera adecuarse a la nueva realidad política, social y económica sin que perdiera credibilidad ante la opinión pública.

No vamos a entrar a discutir si la idea de Hesse resulta del todo correcta o si, por el contrario, la posibilidad de fiar todos los posibles cambios

formales de la Constitución a la realización, aunque sea cada muchos años, de reformas totales no puede terminar generando un efecto radicalmente contrario al que éste pretendía conseguir. Aunque, sin embargo, no podemos dejar de señalar que mucho nos tememos que sea esta última alternativa la que pueda producirse. Y ello, por la sencillísima razón de que, a nuestro juicio, tiene razón Stern cuando, aun admitiendo la posibilidad de la reforma total, señala que, por un lado, el simple número de reformas operadas no permite extraer consecuencias sobre el cómo cumple su función el texto constitucional, y, por otro, que tampoco es aquél el que va a determinar la merma de la fuerza normativa de la Constitución. Lo que, como dice Stern, determinará una u otra cosa será, solo, la entidad y el contenido de las revisiones. De esta suerte, nos encontramos con que tal vez el sentimiento constitucional de los ciudadanos se vea mucho más perjudicado por la verificación de una única reforma del texto constitucional, pero que introduzca substanciales transformaciones en éste, que por la materialización de muchas revisiones en las que las modificaciones introducidas revistan poca importancia. El ejemplo alemán, en donde se llevaron a cabo 34 reformas en los primeros 33 años de vigencia de la ley fundamental, viene, de cualquier forma, a dar la razón a la apreciación de Stern.

Lo que nos interesa es dejar constancia de que existe una gran divergencia entre la postura defendida por Hesse y la que antes analizábamos. Discrepancia esencial que es la que, en definitiva, hace que la tesis del alemán nos parezca asumible. Y es que, en efecto, no concibe Hesse la reforma total como una facultad ilimitada en manos del poder de revisión. Antes al contrario, lo que éste, coincidiendo de algún modo con la opinión de el Schmitt de 1928, nos dice es que para que la reforma total se presente como una hipótesis válida, lícita, legítima y, en consecuencia, admisible es menester que el legislador que la lleve a cabo respete, siempre y de manera tan forzosa como ineludible, el núcleo estable e irreformable de la Constitución de que se trate.

Desde esta perspectiva, el instituto que ahora nos ocupa adquiere una dimensión y un significado bien distinto al que han pretendido otorgar un buen número de nuestros más ilustres constitucionalistas a la previsión contenida en el artículo 168. Sentido y significado diferentes que son los que autorizan a Calzada a considerar que el:

Supuesto de la Reforma Total, felizmente adoptado por los Constituyentes consciente o inconscientemente, ya que la previsión de la Reforma Total es, en contra de lo que la mayoría... opina, un avance a la hora de comprender

adecuadamente el alcance y la finalidad que con la institución de la Reforma se persigue: la defensa de la Constitución hasta el límite connatural de la propia institución.

Punto de partida de esta concepción es el de que quien aparece constitucionalmente facultado para llevar a cabo la revisión total es un sujeto que, por su propia naturaleza, ejerce un poder limitado en el contenido formal y material de su voluntad. Lo que significa que, porque no está legitimado para realizar actos revolucionarios, su actividad ha de ser, siempre e inescusablemente, respetuosa con lo establecido por la voluntad soberana, absoluta y, ahora sí, ilimitada del Poder Constituyente. De esta suerte, la conclusión a la que, desde la más elemental lógica jurídica y política, ha de llegarse se presenta como algo evidente. Y esta no es otra que la posibilidad de la reforma total sería admisible siempre y cuando, sí y solo sí, la misma tenga por objeto la variación de la literalidad de toda la Constitución, pero no si cuando el cambio formal total tuviera por objeto la pretensión de verificar un acto revolucionario con el que, en definitiva, se diera paso al establecimiento de un régimen político y constitucional nuevo. Nos sumamos, de esta suerte, a la opinión de Mortati —y que fue ya aceptada en la década de 1950 por Andriano en el Seminario de Derecho Político de Salamanca—, conforme a la cual, incluso en estos supuestos, el poder de reforma habrá de respetar los principios que caracterizan el orden constitucional en términos generales, así como todos aquellos valores y principios que, sancionados por el Constituyente, caracterizan e individualizan la Constitución. Cuando, por las razones que sean, las fuerzas políticas que operan en el Estado no desean respetar estos límites, y se proponen ir más allá, la *Verfassungsänderung*, incluso en su modalidad de revisión total, deviene, de modo tan incuestionable como inconcuso, una alternativa inviable, y, en cuanto que materialización de un verdadero acto revolucionario, el poder de reforma ha de ceder el paso a la actuación del pueblo soberano actuando ahora como un nuevo Poder Constituyente revolucionario.

VI. LA EXIGENCIA DEL REFERÉNDUM OBLIGATORIO COMO NEGACIÓN DE LOS LÍMITES MATERIALES A LA REFORMA, Y CRÍTICA A ESTA TESIS

Existe una última causa que dificulta, y en muy gran medida, la obtención de una ponderada y cabal comprensión de la problemática de los límites materiales a la reforma. Y ésta no es otra que la decisión del Cons-

tituyente de haber consagrado el referéndum obligatorio para la válida aprobación de las revisiones a las que se refiere el artículo 168.

No vamos a entrar a discutir sobre si de la participación del cuerpo electoral en el procedimiento de reforma cabe deducir, o no, el que las reformas así aprobadas gozan de un mayor rango jerárquico que las leyes de revisión que únicamente han sido aprobadas por el Parlamento, en la medida en que en el primer caso la revisión se presentaría como un auténtico acto de soberanía, mientras que en el segundo, y en tanto obra de los poderes constituidos, sería una mera operación jurídica constitucional. Si señalaré, empero, que ante el absurdo que una tal alternativa genera en los sistema de revisión que, como sucede con nuestro artículo 167, prevén el refrendo facultativo, en alguna ocasión, y junto a Calzada, me he pronunciado en contra de tal interpretación.⁹⁴ De una manera muy concreta, nuestra idea es que es cierto que la exigencia de la aprobación refrendataria de la revisión viene a reforzar ese carácter garantista que tiene el propio procedimiento de reforma. Ahora bien, que esto sea así, en modo alguno hace lógico que pueda pensarse que intervención del cuerpo electoral haga variar la naturaleza de la norma jurídica aprobada, en este caso la ley de reforma.

Lo que interesa es indicar que la previsión del referéndum obligatorio ha sido interpretada por alguno de nuestros constitucionalistas como la prueba irrefutable de que por lo menos el que denominan poder de reforma del artículo 168, en cuanto que, según ellos, Poder Constituyente juridificado, no puede encontrar en su actuación ningún tipo de límites materiales. Conclusión a la que llegan desde el entendimiento de que, con la aprobación del sistema especial de revisión y, además, la exigencia del referéndum obligatorio, lo que los autores de la Constitución hicieron fue, pura y simplemente, dar entrada en la vida ordinaria del Estado constitucional a la intervención directa del Poder Constituyente soberano. Lo que, en cuanto entienden como expresión directa de la voluntad del pueblo soberano, significa que las leyes de reforma que hayan sido aprobadas, como actos de soberanía, según lo dispuesto en el artículo 168 serán siempre superiores a las leyes de revisión que hayan sido aprobadas siguiendo el procedimiento del artículo 167, incluso aunque estas últimas hayan sido sometidas también a la aprobación del cuerpo electoral.

No hace falta realizar un gran esfuerzo para deducir que, siempre con el mayor de los respetos, discrepamos radicalmente de esta tesis. De la

⁹⁴ Cfr. Calzada Conde, R. y Ruipérez, J., “Consideraciones generales sobre la reforma de los Estatutos de Autonomía”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 22, 1988.

misma manera, entendemos que no habrá dificultad alguna para comprender el motivo de nuestro desacuerdo. La causa última de nuestra divergencia radica en que, para nosotros, en la formulación de esta tesis lo que se olvidó es tomar en consideración la, tantas veces aludida, necesidad de distinguir lo que es el ejercicio de la actividad constituyente entendida como una actividad libre soberana y, como tal, no sometida a ningún tipo de procedimiento jurídico, y cuyo ejercicio, desde las concepciones democráticas de la comunidad política, puede tan solo corresponder al pueblo soberano en tanto que único sujeto legitimado para decidir sobre los modos y las formas en que va a ser gobernado en el futuro, y la actuación de la actividad constituyente como una actividad jurídica reglada por la propia Constitución, y cuyo ejercicio, en consecuencia, será llevado a cabo por el poder de reforma dentro de la propia Constitución y con respeto a la misma, y que, el último término, hace que, como muy bien sentó De Vega, “no cabe interpretar *l'appel au peuple* como un mecanismo a través del cual el poder de revisión... se convierte en un poder constituyente soberano. Dicho con toda rotundidad: el referéndum constitucional no legitima políticamente la reforma constitucional como un acto de soberanía”.

Es menester advertir que si se acepta esta última perspectiva, obligado resulta el establecer una segunda distinción. Nos referimos a la necesidad de diferenciar, que es lo que no se hace desde la tesis que ahora nos ocupa y negamos, el distinto sentido, significado y alcance que tiene el referéndum constitucional para la aprobación de la Constitución y el que tiene por objeto la aprobación de la reforma.

No podemos detenernos aquí a realizar una exposición exhaustiva de toda esa rica elaboración teórica e ideológica que, partiendo de las concepciones rousseauianas, había arrancado en la práctica de los revolucionarios liberal-burgueses estadounidenses, principalmente los de ámbito regional (Ch. Borgeaud, J. Bryce, E. Boutmy, P. de Vega, J. B. Thayer, W. M. Rudolf-J. L. Rudolf),⁹⁵ había conocido ya alguna materialización práctica en el continente europeo con la obra de Cromwell, en 1647, y la del jacobinismo revolucionario radical de izquierdas francés, en 1793, hasta extenderse definitivamente desde el fin de la Segunda Guerra Mun-

⁹⁵ Cfr. Bryce, J., *El gobierno de los Estados en la República norteamericana*, Madrid, *sine data*; Boutmy, E., *Études de Droit Constitutionnel. France-Angleterre-États Unis*, París, 1885 *Études de Droit Constitutionnel. France-Angleterre-États Unis*, París, 1885; Thayer, J. B., “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, *Harvard Law Review*, vol. VIII, núm. 3, 1893; Rudolf, W. M. y Rudolf, J. L., “The Limits of Judicial Review in Constitutional Adjudication”, *Nebraska Law Review*, vol. 63, 1984.

dial, que condujo a la afirmación de que la mejor forma del ejercicio del *Pouvoir Constituant* es la que somete el texto aprobado por las asambleas parlamentarias a la voluntad directa del pueblo soberano. Bástenos con señalar que lo que nunca puede olvidarse es que cuando la consulta al pueblo tiene por finalidad la aprobación no de las modificaciones formales del código constitucional, sino la aprobación de la propia Constitución y, con ello, la de la organización concreta del Estado, el referéndum constitucional tendrá un significado y alcance mucho más amplio, y, en todo caso, su celebración tiene una mayor transcendencia. Naturalmente que la intervención del cuerpo electoral tiene ese carácter de acto de control de los ciudadanos sobre los representantes, en el sentido de evitar que los parlamentarios, transformándose en falsos y subrepticios soberanos, hubieran podido distorsionar, por expresarlo en los esquemas conceptuales de Sieyès, aquel mandato extraordinario que recibieron por parte del pueblo para aprobar, así, un texto que respondiera tan solo a su única y soberana voluntad. Ello no obstante, sucede que, al no haber nacido todavía el Estado constitucional, nos encontramos aún en un momento fáctico en el que quien actúa, y quien debe actuar, no son los poderes constituidos, que entrarán en escena cuando la Constitución haya sido aprobada, sino, muy al contrario, el Poder Constituyente originario. El mayor alcance del referéndum de aprobación del proyecto constitucional se hace, desde esta óptica, meridiano. Ahora, la aprobación refrendataria de la Constitución tiene, cómo no, esa naturaleza de control común a su modalidad de referéndum de reforma, pero, junto a ella, y esto es lo que realmente es importante y resulta transcendente, la intervención directa del Cuerpo Electoral adquiere, ahora sí, la condición de convertir la votación en un verdadero, e indiscutible, acto de soberanía. El referéndum se presenta, de esta suerte, como la manifestación del derecho del pueblo, como titular de la soberanía y del Poder Constituyente, a decidir por él mismo los modos y las formas en que desea ser gobernado.

Todo lo contrario sucede, al menos desde nuestro modesto parecer, y en todo caso desde la aplicación de las fundamentales categorías de “espacio” y, sobre todo, “tiempo”, con la otra variante del referéndum. En este sentido, nos encontramos con que si, como decimos, cuando la consulta popular tiene por finalidad la aprobación de la Constitución, el referéndum puede ser, efectivamente, interpretado como la verificación de un acto de soberanía por parte de su indiscutido titular, no sucederá, empero, lo mismo con el que se verifica para la aprobación de la reforma constitucional. Y ello por cuanto que el momento en que este último se realiza, que es ya en el marco de la vida de un Estado constitucional

ya operante, hace que sean muy distintas las circunstancias en las que encuentra su fundamentación y, asimismo, las consecuencias de su celebración.

En tales circunstancias, será la doctrina clásica del referéndum como instrumento de ratificación de los actos del representante la que, en definitiva, nos ofrezca la ponderada y cabal comprensión de la aprobación popular de la reforma de la Constitución. Desde esta teoría, y como advierten, por ejemplo, Galeotti⁹⁶ y De Vega, el referéndum se presenta, ante todo y sobre todo, como un acto de control. Esto es, lo que con la apelación al cuerpo electoral se hace es reconocer al pueblo, que es siempre el titular de la soberanía, incluso cuando actúa facultades constitucionales, el derecho —irrenunciable, por lo demás, desde la lógica democrática rousseauiana— a controlar en todo momento los actos de sus representantes, mediante la ratificación o el rechazo de sus propuestas. Las consecuencias que se derivan de esta última concepción son evidentes. Y las mismas no pueden estar en una mayor contradicción con la tesis a la que aludíamos al comienzo de este apartado. En efecto, aceptado que el referéndum para la aprobación de la revisión es un instrumento de control, evidente resulta que con él, lejos de dar entrada en la vida ordinaria del Estado al Poder Constituyente, la reforma solo podrá concebirse como un acto de los poderes constituidos. Una larga cita de mi muy admirado maestro, nos servirá para justificar esta afirmación:

De lo que se trata, justamente a la inversa, es de impedir que del seno mismo del Estado constitucional emerjan falsos y subrepticios poderes soberanos. Lo que sucedería inevitablemente en el momento en que, rompiéndose el normal funcionamiento de la democracia representativa, se produjera la separación y el distanciamiento entre representantes y representados. Cualquier reforma promovida y operada por los poderes constituidos, cuando las Asambleas, en contra o al margen de la voluntad del pueblo, en lugar de expresar la voluntad de los representados, expresan su propia y única voluntad, tendría que forzosamente que ser interpretada como un ejercicio subrepticio y falso del poder soberano... Frente a la fácil e infundada crítica de quienes ven en el referéndum un elemento distorsionante de la democracia representativa... hay que señalar que el fundamento y la grandeza de la institución radica en la pretensión de evitar que la voluntad del pueblo, expresada a través de las Asambleas, pueda ser trastocada por éstas y convertida en su única y soberana voluntad. Ante hipotéticas arbitrariedades de mayorías cualificadas,

⁹⁶ Cfr. Galeotti, S., *Esigenza e problemi del referendum*, Milán, 1970.

y ante la veleidad y propensión de todo poder constituido a transformarse en poder constituyente, el referéndum aparece como institución de garantía y de protección de las minorías... en que descansa el Estado constitucional representativo.

De lo hasta aquí dicho, solo es una la conclusión a la que puede llegarse. Y ésta es la de que no hay justificación alguna para afirmar que fue la voluntad del último Constituyente español la de eliminar cualquier tipo de límite material absoluto a la actuación del poder de revisión constitucional. No demuestra lo contrario, y como hemos tratado de explicar, su opción por no sancionar cláusulas de intangibilidad, o la de abrir la puerta a la reforma total. Pero tampoco cabe deducirlo de la exigencia, en el artículo 168, del referéndum constitucional obligatorio. Más bien habría que llegar a la idea contraria. Esto es, que, dado ese carácter de acto de control que tiene en este caso el referéndum constitucional, lo que con una tal previsión quiso lograr nuestro último Constituyente fue, justamente, el que los ciudadanos, que son los auténticos titulares de la soberanía, pudieran evitar que los poderes constituidos, incluso cuando ejercen un poder extraordinario, como es el de la modificación formal del texto constitucional, pudieran proceder a la consumación de la patológica figura del fraude constitucional, y que esto lo harán obligando al poder de reforma a respetar los límites formales y materiales que se derivan de la eficacia real de los principios democrático y de supremacía constitucional.

VALORES CONSTITUCIONALES

Rubén SÁNCHEZ GIL*

A la memoria del humanista Jorge Carpizo

SUMARIO: I. *Notas preliminares*. II. *¿Qué son los valores?* III. *Valores, “deber ser” y principios*. IV. *¿Qué son los valores constitucionales?* V. *Valores constitucionales y neoconstitucionalismo*. VI. *Notas finales*.

I. NOTAS PRELIMINARES

Hablar de “valores”, y sobre todo los acogidos en la Constitución, es adentrarnos en un “reino” de gran complejidad o de suma facilidad, según se quiera ver. Es complejo pormenorizar qué son los valores y cómo “funcionan”, pero las bases de su naturaleza pueden explicarse en términos tan llanos que incluso dejan ver su cotidianeidad. Al fin y al cabo, los seres humanos tomamos decisiones y realizamos actos en función de determinados “valores” que establecimos como orientaciones generales de nuestra existencia, y que buscamos realizar en cada acto de nuestras vidas.

Los “valores” no son entidades etéreas que derivan de la subjetividad, y tampoco elementos “arcanos” de los que puede echarse mano arbitrariamente mediante una sensibilidad esotérica. Pueden “captarse” y realizarse en los distintos actos del ser humano, y se hallan sujetos a un “sistema de verdades evidentes e invariables, de tipo parejo a la matemática”, como expresó José Ortega y Gasset.¹

Tras el conocimiento axiológico hay una doctrina filosófica desarrollada desde la antigüedad y que encontró su mejor expresión en un ámbito de la filosofía alemana de comienzos del siglo XX. Desde luego, nuestra intención no es exponer a detalle las complejidades de esta corriente de

* Doctor en derecho por la UNAM.

¹ *Introducción a una estimativa. ¿Qué son los valores?*, Madrid, Encuentro, 2004, p. 34.

pensamiento, sino exponer algunas pautas útiles sobre la aplicación jurídica de este conocimiento filosófico, especialmente dentro del campo constitucional aunque sin limitarnos necesariamente a él.²

El concepto de “valor” no es inédito en la ciencia del derecho. Ha habido diferentes posiciones teóricas basadas en un punto de vista axiológico sobre el orden jurídico, aunque este se ha formulado muy rudimentariamente, y no se enfocó al ámbito constitucional por haber sido anterior al auge de esta materia en la segunda mitad del siglo XX europeo.³ Lo “nuevo” es la especial relevancia que los “valores” han adquirido en la argumentación jurídica mediante su caracterización como “principios”, y la intensa fuerza normativa que ahora se les reconoce; algo a lo que contribuyó la relevancia otorgada a la Constitución, y el tenerla por “sede” de los valores del ordenamiento.

Referir los “valores constitucionales” tiene una trascendencia enorme, aunque comúnmente esta frase se usa como simple floritura del discurso jurídico y político. Las implicaciones y las consecuencias de tener una *perspectiva axiológica* sobre la Constitución y el resto del sistema jurídico, condiciona los modos de operar de los creadores y aplicadores del derecho, dando lugar a resultados que no se obtendrían con una lógica “tradicional”, o que resultan difíciles de justificar.

Introducir los “valores constitucionales” en el discurso jurídico tiene por ende una importancia que ha de tomarse con cuidado. Su referencia en textos constitucionales⁴ y sentencias judiciales no debe ser un simple ornamento lingüístico, una muletilla para mayor “riqueza” léxica, pues lleva a consideraciones que afectan la comprensión de la totalidad del ordenamiento jurídico, y por consiguiente de su aplicación efectiva.

Los “valores constitucionales” y su dinámica son la *pedra angular de los caballos de batalla del neoconstitucionalismo*. La “interpretación conforme a la Constitución” no podría explicarse a cabalidad sin entender que el operador jurídico debe realizar con su decisión determinados valores. Sin importar cómo se le entienda, con naturaleza directa o indirecta, la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales —la famosa *Dritt-*

² Para un recorrido que conduzca a la aplicación jurídica de las doctrinas axiológicas, véase Torre Martínez, Carlos de la, *La recepción de la filosofía de los valores en la filosofía del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

³ Véase Cisneros Farías, Germán, *La interpretación de la ley*, 3a. ed., México, Trillas, 2001, pp. 104-106; Hallivis Pelayo, Manuel, *Teoría general de la interpretación*, México, Porrúa, 2007, pp. 149-154; y Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2a. ed., trad. de Marcelino Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 2001, pp. 141-144.

⁴ Caso cuyo paradigma sería el artículo 1.1 de la Constitución española.

wirkung— tampoco sería comprensible de no ser por la lógica estimativa a que obedecen esas normas, y la dimensión objetiva que les otorga. Y únicamente podríamos afirmar la “ponderación” si la entendemos como un modo de solucionar conflictos en la realización casuística de determinados valores que no se oponen natural ni absolutamente, sino solo de manera ocasional cuando se intenta realizarlos.⁵

II. ¿QUÉ SON LOS VALORES?

Existen diversos puntos de vista filosóficos sobre los “valores”.⁶ Para nuestros efectos abordaremos solo algunos de ellos, los que verdaderamente importan para nuestra perspectiva.

Como es fácil intuirlo por lo dicho, el “uso constitucional” de este concepto es de origen germano, y procede sucesivamente de la doctrina y la jurisprudencia. Durante la República de Weimar, Rudolf Smend sostuvo que “los derechos fundamentales proclaman un determinado sistema cultural, un *sistema de valores*, que debe constituir el sentido de la vida estatal”.⁷ Luego de la Segunda Guerra Mundial e intentando explicar la Ley Fundamental de 1949, Günter Dürig acuñó la idea de que “la Constitución [es] un sistema de valores global, que al mismo tiempo resulta ser un sistema lógico-jurídico de derechos”. En ambos autores se inspiró el Tribunal Constitucional Federal alemán para adoptar la orientación axiológica que caracteriza su jurisprudencia, especialmente la de sus primeros años.⁸

⁵ Cfr. Pozzolo, Susana, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, trad. de Josep M. Vilajosana, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, Universidad de Alicante, núm. 21 (2), 1998, <<http://bit.ly/1cPXCVB>>, pp. 339-347.

⁶ Para un amplio panorama del tema véase Frondizi, Risieri, *¿Qué son los valores? Introducción a la axiología*, 3a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2004.

⁷ *Verfassung und Verfassungsrecht*, Múnich/Leipzig, Duncker & Humblot, 1928, p. 164 (énfasis añadido). Véase Brage Camazano, Joaquín, “Estudio preliminar”, en Smend, Rudolf, *Ensayos sobre la libertad de expresión, de ciencia y cátedra como derecho fundamental y sobre el Tribunal Constitucional alemán*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. XIX y ss.

⁸ Cruz, Luis M., *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, Granada, Comares, 2005, p. 24 (énfasis añadido).

Tanto Smend como Dürig abrevaron en la “filosofía de los valores” elaborada por Max Scheler⁹ y Nicolai Hartmann.¹⁰ El pensamiento de ambos autores es en realidad muy sencillo; hay diferencias entre ellos, pero se refieren a cuestiones filosóficas sutiles que tienen poca trascendencia para una axiología jurídicamente útil.

En su sentido prístino, los “valores” son “cualidades” que pueden percibirse en los seres. Es muy socorrido el ejemplo de Scheler de que los valores son como los colores: podemos concebir el “rojo” aplicado a los más diversos objetos pero teniendo una entidad *independiente* a estos, y lo mismo sucede con toda clase de cualidades morales, estéticas, etcétera, que pueden hallarse depositadas en alguna cosa. Hay valores de muy diversa índole; los referidos a la conducta humana son de carácter “ético” o “moral”, y solamente a estos nos dedicaremos —por interesantes que sean los temas estéticos, por ejemplo, son completamente irrelevantes a nuestro objeto—.

La existencia de las cualidades de los objetos —que por poseerlas se vuelven “bienes”— no depende de que sean percibidas por el ser humano, y tampoco de que este dirija su voluntad a obtenerlos. Podríamos ignorar que un objeto nos representa una “utilidad”, pero ello no mengua su capacidad para ofrecérsola, así como nuestra falta de intención de beber agua tampoco impide que esta tenga el poder de mitigar la sed. Los valores tienen entonces una existencia objetiva, autónoma frente a su apreciación por el sujeto frente a quien se encuentren, y pueden ser reconocidos y captados por este o cualquier otro.

Sin embargo, la captación de los valores precisa de determinadas capacidades y sensibilidades. De la misma manera en que no todo el mundo puede estimar la belleza de una pieza musical o de un cuadro, tampoco cualquiera advierte los valores intelectuales y morales. Hartmann indica que esta situación es muy parecida a la que acontece frente a postulados matemáticos; no toda persona está en posibilidad de conocer o entender el teorema de Pitágoras, pero esta ignorancia o incapacidad no le quita validez. La captación de los valores requiere por consiguiente de su conocimiento, y éste de una educación y una *cultura* que aliente su descubrimiento no solo para el plano intelectual sino también para el moral y espiritual.

⁹ *Ética. Nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético*, trad. de Hilario Rodríguez Sanz, 3a. ed., Madrid, Caparrós, 2001. Samuel Ramos ofreció una sencilla y clara explicación de la postura de este autor en *Hacia un nuevo humanismo*, 3a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1997.

¹⁰ *Ética*, trad. de Javier Palacios, Madrid, Encuentro, 2011.

Los valores son cualidades existentes en un plano ideal que pese a su abstracción poseen la tendencia a *realizarse* en todos los objetos en que pudieran depositarse. Estos “bienes” depositarios del valor pueden concebirse a su vez como “valores”, pero de índole “concreta”, puesto que resulta estimable la actualización de un “valor” según uno de los postulados esenciales de Scheler. Tales objetos no necesariamente son “cosas”, pueden asimismo constituir “situaciones” o “estados” que resultan “valiosos”.

Cuando una persona determina efectuar una acción¹¹ y obra en consecuencia, persigue realizar un “valor” concreto, y en última instancia uno abstracto. Hartmann ejemplifica lo anterior diciendo que la pregunta “¿para qué trabajo?” no se soluciona definitivamente con respuestas como “por dinero” o “para el sustento de la vida”, sino con el *valor* de la vida misma. Las acciones humanas tienen por término realizar en la existencia de la persona, y en ella misma, un determinado valor que ha reconocido y al cual aspira.

Antes que realizar las acciones con que despliega su existencia, una persona ha de establecer los “valores” que buscará realizar con ellas y que por consiguiente las orientarán. Para esto, en muy diversas ocasiones *todos* —o casi— nos planteamos ciertas situaciones ideales y abstractas que quisiéramos realizar en nuestra vida: salud, armonía familiar, éxito profesional, prosperidad económica, etcétera. Lograr estos fines u objetivos, que corresponden a los que llamamos “valores concretos”, determinan los proyectos específicos que emprenderemos y las acciones particulares que llevaremos a cabo para que se realicen.

Así, por ejemplo, quien pretenda ser un profesional exitoso, se propondrá en lo general cursar y aprobar los estudios correspondientes y aprovechar su aprendizaje, para luego específicamente estudiar las materias que forman el catálogo curricular de su curso, abreviar en otras fuentes extracurriculares u acciones cada vez más “simples”. Pero estas acciones “simples”, comunes y corrientes, en realidad tienden a hacer efectivo un valor superior, y la realización de este depende precisamente de que se presenten como una cualidad de ellas. Todo cae bajo “puntos de vista axiológicos”, como los llama Hartmann; cada acción puede ser “valiosa” o no, según contribuya a realizar un “valor” con que está relacionada, por “simple” que dicha acción aparente ser.

No obstante, la búsqueda esporádica de ciertos objetivos no basta para tener una existencia personal orientada por “valores”. Para esto es nece-

¹¹ Hablo de “acción” en términos amplios, incluyendo en dicho término acciones *stricto sensu* y omisiones.

sario que el sujeto defina los valores que habrán de regir su vida, es decir los objetivos generales que la misma perseguirá, y *decida* llevar a cabo las acciones necesarias para su realización. Esta decisión por la cual un individuo establece sus valores, *constituye* la base esencial de su personalidad, define *en primera instancia* qué clase de persona es. El conjunto de valores que una persona ha señalado para su vida y cuya realización determinará las acciones que llevará a cabo, otorga un sentido determinado a su existencia.

Sin embargo, en un plano ulterior, la definición de la persona no solo depende de qué valores se ha fijado para orientar su vida. Asimismo, esa definición depende de su voluntad para realizarlos y, sobre todo, de los actos que efectivamente lleve a cabo para ello; por tal razón, el propio sujeto se define por los valores que *realiza* en su persona mediante sus actos concretos; tras cada uno de estos, como dice Hartmann, se halla “la persona completa”. Para decirlo con un ejemplo fácilmente comprensible: para ser “buenas” personas no basta que digamos que nos guía la “familia”, el “éxito” o cualquier otro objetivo “valioso”, también es preciso resolernos a conseguir estos fines, y que cada uno de nuestros actos de alguna manera lleve efectivamente a lograrlos.

Los “valores” son *finés y objetivos más o menos generales* que nos proponemos realizar en nuestra existencia, mediante una decisión de nuestra voluntad. Ellos tienen un carácter abstracto que busca trascender el plano meramente ideal y realizarse efectivamente mediante nuestras acciones concretas y cotidianas, las cuales indefectiblemente tienden a realizar alguno. Sin embargo, el carácter ideal que tienen los valores impide que su realización ocasional los consuma; nunca llega a cumplirse cabalmente ese estado fantástico de plenitud.¹² La naturaleza permanentemente cambiante de la vida, con los nuevos hechos que se suceden en ella, nos plantea constantemente una nueva disyuntiva de acción —incluso no hacer nada, supone que hemos optado por esa omisión— que realizará un determinado valor o dejará de hacerlo.

Frente a cada nueva circunstancia creada a cada instante, es preciso tomar una posición o actuar a su respecto, con lo cual se plantea la opción entre hacer realidad nuestros valores o no; por eso, mientras la vida humana transcurra, nunca será posible “cumplir” nuestros valores en el sentido de agotar su realización. Sin embargo, esto no hace inútil su consideración, pues los valores constituyen ideas que orientan nuestra

¹² Cfr. Villoro, Luis, *El poder y el valor. Fundamentos de una ética política*, México, Fondo de Cultura Económica-El Colegio Nacional, 2006, pp. 243-245.

existencia y nuestras acciones, y nos permiten dar sentido a la vida y mantenerla en él.

III. VALORES, “DEBER SER” Y PRINCIPIOS

“Si algo vale, *debe ser*”,¹³ y el reconocimiento del valor de ese “algo” ha de impeler a la conducta humana a realizarlo. Por eso, “*el juicio de valor puede traducirse en un enunciado de deber*”, del cual uno puede remontarse a la valoración que lo originó. El conjunto de principios que disponen la conducta a realizar determinados “valores concretos” y “abstractos”, constituirá un determinado esquema moral del que se desprenderán distintos mandatos a la conducta humana. Pero este únicamente podría calificarse de “ético” si se hallara basado en una argumentación racional que demuestra la “objetividad” de los valores a que está dirigido, es decir su “compartibilidad” con otras personas y su validez respecto de las mismas.¹⁴

La frase con que comencé el párrafo anterior conjunta dos diferentes planos y es la clave del tránsito del puramente axiológico al normativo. La expresión “X es valioso” resulta ser un juicio de valor que estima la cualidad del objeto al que se refiere, y significa que su realización es digna de ser anhelada por la voluntad humana. Del valor apreciado en este objeto y el reconocimiento a la “deseabilidad” de su realización, se sigue una norma de conducta que expresaría el enunciado “X debe ser”, y que importa la obligatoriedad de la realización de dicho objeto. Esta norma es un “principio”; quiere decir que existe el deber de realizar X en cualquier situación en que tuviera la *posibilidad* de ser realizado, y habla en términos generales, sin referir una hipótesis específica u otro límite.¹⁵

Un “principio” es “[e]l *punto de partida* y el *fundamento* de un proceso cualquiera”.¹⁶ De esta manera, de que la realización de los valores constitucionales *prima facie* deba producirse sin límites, en el máximo grado posible, proviene la enorme “densidad normativa” que tiene esta clase de normas, y la posibilidad de que influyan en múltiples situaciones en que

¹³ Ramos, *op. cit.*, p. 65 (cursivas en el original).

¹⁴ *Cf.*: Villoro, *op. cit.*, pp. 44-45, 51, 175 (n. 1) y 223.

¹⁵ *Cf.*: *op. cit.*, pp. 210.

¹⁶ Abbagnano, Nicola, *Diccionario de filosofía*, 4a. ed. actualizada y aumentada por Giovanni Fornero, trad. de José Esteban Calderón *et al.*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, s. v. “principio”, p. 851 (énfasis añadido).

son relevantes.¹⁷ Los principios y su implícito “mandato de optimización” —sobre el que se finca la muy conocida teoría de Robert Alexy— es “punto de partida” y “fundamento” de otras normas; el deber tan sumamente abstracto que contienen las normas de principio, impele a formular normas que resulten más concretas para su aplicación a situaciones específicas, ya sea en forma de “principios” más acotados o de “reglas” precisas. De tal suerte, estas últimas normas *derivan y hallan justificación* en tanto se conformen a un principio general que manda simplemente realizar un objeto valioso, es decir un “valor”.

Coincido así con Alexy en que los “valores” y los “principios” pertenecen a planos con diferentes “conceptos básicos (*Grundbegriff*)”: los primeros a uno “antropológico” que se apoya en la idea del “bien (*Gut*)” —en tanto aluden a la “positividad” y “negatividad” de los valores—, y los segundos a uno “deontológico” que responde a categorías normativas (obligación, prohibición, permisión y exigencia);¹⁸ pero en realidad, ambos planos no son tan diferentes, porque el “principal” deriva de manera indispensable del “axiológico”. El “deber ser ideal” es una “dimensión del valor”, y los conceptos deontológicos provienen de ese plano antropológico y filosófico del cual son *inescindibles* y al que se hallan *subordinados*. El mismo profesor de Kiel reconoce lo anterior diciendo que “la satisfacción gradual de los principios corresponde a la realización gradual de los valores”, y que “la aplicación de criterios de valoración, los cuales deben ser ponderados entre sí, corresponde a la aplicación de principios”.¹⁹

Los valores no pueden traducirse al ámbito normativo sino a través de una norma, un “principio”, que ordena realizarlos en el máximo grado posible, y con base en el cual se formularán tantas normas específicas como sean necesarias para ordenar la realización de ese valor en las distintas situaciones en que tenga relevancia. El juicio de valor efectivamente no es una norma de conducta, sino que de él se desprende un “principio” abstracto y amplísimo que sí tiene esa naturaleza, y el cual ordena realizar el objeto cuya valía reconoce. Este mandato general será “punto de partida y fundamento” de otras normas específicas, que finalmente constituirán un determinado sistema de conducta. Así, puede afirmarse que no existe norma alguna de conducta que no se inspire en un “principio”, y por tanto en un “valor”.

¹⁷ Véase Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 5a. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2003, pp. 110 y 116-118.

¹⁸ Cfr. *Theorie der Grundrechte*, 4a. ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2001, pp. 120 y 126.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 125 y 131.

IV. ¿QUÉ SON LOS VALORES CONSTITUCIONALES?

1. *El derecho y la axiología*

Dentro de sus modalidades axiológicas, Scheler ubicó en el ámbito de los valores espirituales a los de lo “justo” y lo “injusto” —que en realidad apuntan a valores materiales específicos, como él mismo indicó—, y los hace consistir en el “último fundamento fenoménico de la idea del *orden del derecho* objetivo”. Estos valores “han de [ser] realiza[dos por] los legisladores y jueces”.²⁰

Por su parte, Hartmann hizo notar que el derecho necesariamente posee una “referencia al valor”. Todo derecho se basa en “exigencias éticas básicas, sobre un auténtico valor contemplado”, y resulta así “expresión de una tendencia ética”. Pero esta “no es la última palabra”, pues todo derecho positivo aspira a ser “Derecho ideal”, lo que se manifiesta en la “perpetua evolución” del derecho vigente. En toda consideración *de lege ferenda* nos hallamos ante la “actuación en el Derecho de la consciencia primaria del valor”. Los conceptos jurídicos adquieren de tal manera un “alto grado de significación ética”, y se entiende que la ciencia jurídica reciba una “orientación absoluta de la ética”. En esta se contiene la “fundamentación última del Derecho”: la “determinación de su fin supremo, únicamente en la cual podría ser visto el valor determinante”; el derecho considera “dado” este “fundamento” y solo produce sus “relaciones y consecuencias”, pues precisarlo conceptualmente toca exclusivamente a la ética.²¹

En otra oportunidad este último autor señaló:

Hemos hablado hasta aquí de valores pura y simplemente. Mirando algo más a fondo el reino del valor, se ve que hay diversas clases de valores... Pero *los valores son, además, los bienes vitales, sociales y espirituales de toda índole*. Entre estos bienes hay ya muy altos valores, por ejemplo, varios de los valores de organización que consisten en una determinada relación de los bienes a las personas. El *estado de derecho*, digamos, es uno de estos altos bienes para todo el que goza de su poder protector.²²

²⁰ *Op. cit.*, pp. 176 y 177 (cursivas en el original).

²¹ *Op. cit.*, pp. 64-66.

²² *Introducción a la filosofía*, trad. de José Gaos, México, UNAM, Centro de Estudios Filosóficos, 1961, pp. 152-153 (énfasis añadido).

El derecho es expresión de un sistema de ética política. Se trata a muy grandes rasgos de un conjunto de normas que dirigen la conducta de los integrantes de la sociedad, y aun del Estado como organización que desempeña funciones para la consecución de fines colectivos.

El sistema jurídico no puede darse en el vacío; las normas jurídicas tienen indefectiblemente un contenido material que obliga a inclinar la voluntad y la conducta humanas hacia determinados objetos, y así, su contenido es expresión de una moral pública inspirada en determinados juicios de valor respecto de un “estado social *deseable*”. Su creación supone el anhelo de una determinada voluntad para lograr ciertos objetivos o salvaguardar determinadas situaciones que se traducen en mandatos a la conducta humana, idóneos para alcanzar estos fines.²³

El contenido material del derecho guarda una relación de causalidad con un juicio de valor que lo origina. Toda prescripción jurídica implica la elección de una alternativa entre varias, respecto del sentido de la regulación que pretende sobre la conducta humana, hecha por una estimación que hizo preferible su sentido frente a otros. Sin importar su contenido, una norma jurídica siempre tenderá a realizar algún estado valioso que su autor halló estimable.²⁴

Como sistema normativo, la elaboración y la operación jurídicas también han de darse en función de los valores cuya realización pretenden imponer a la conducta humana. El legislador establece normas con las cuales busca que se realicen determinados objetivos y fines —es decir, “valores”—, y los órganos ejecutivos y jurisdiccionales los actualizan en cada acto de aplicación de las disposiciones legislativas, o bien deben resolver conforme a ellos en los casos en que posean discrecionalidad para ello, adoptando una decisión que se conforme a dichos valores por contribuir a su realización efectiva.

Sin importar los términos en que se encuentren redactadas las disposiciones jurídicas, cada una de ellas supone uno o varios “principios”, entendidos en el sentido normativo que anoté, que mandan la realización irrestricta en lo posible de un “valor”. Tales normas de principio dan origen y justificación a la disposición jurídica correspondiente, y a su vez suponen un juicio axiológico en virtud del cual el legislador reconoció el valor de un determinado objetivo o situación.

Todo sistema jurídico mínimamente desarrollado —o sea, todos los actuales, ya que los diferentes a esta categoría serían cosa del pasado—,

²³ Cfr. Villoro, *op. cit.*, pp. 74-76 (cursivas en el original).

²⁴ Cfr. Recaséns Siches, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, 14a. ed., México, Porrúa, 1999, pp. 379-382.

así sea implícitamente, contienen “principios” entre las normas que lo conforman.²⁵ Lo anterior supone que las disposiciones jurídicas que conforman los sistemas jurídicos, también responden a los valores cuya realización ordenan dichos principios. Uno de los más importantes cometidos de la *interpretación jurídica* resulta ser entonces la determinación de dichos valores y principios, con el objeto de descubrir las finalidades que dieron origen a las disposiciones del derecho, y lograr su óptimo cumplimiento, esclareciendo además la manera en que ellas determinan la aplicación de dichas normas.

2. La Constitución como orden de valores objetivos

La “Constitución” es un cuerpo normativo que establece las bases de la convivencia colectiva. Esto lo hace primordialmente organizando las funciones del Estado y el ejercicio de su poder, tanto para las relaciones que atañen a sus órganos como para las que mantiene con los ciudadanos, sobre todo mediante los derechos fundamentales. Se trata de un conjunto de normas “fundamentales” que regulan la “dinámica social” y no solo la vida del Estado, aunque las relativas a este sean su elemento característico.²⁶

De la misma manera que expuse en la sección anterior, independientemente de su redacción, las disposiciones constitucionales suponen normas jurídicas con una estructura de “principios”, que ordenan realizar en grado óptimo determinados objetivos. Dado el carácter fundamental e indeterminado del texto constitucional, es muy probable que este exprese dichos principios entre sus fórmulas; pero también es posible que el propio texto constitucional, todavía en términos abstractos, contenga algunas disposiciones con la estructura de “reglas”, aunque en realidad también tras ellas se encuentra uno o varios principios que las originan y fundamentan.

²⁵ Cfr. Alexy, Robert, *Begriff und Geltung des Rechts*, 4a. ed., Friburgo/Múnich, Karl Alber, 2005, p. 126.

²⁶ Cfr. Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 20-23; Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20a. ed., Heidelberg, C.F. Müller, 1999, p. 11; Balaguer Callejón, Francisco et al., *Derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 1999, vol. I, p. 30; Guastini, Riccardo, “Sobre el concepto de Constitución”, trad. de Miguel Carbonell, *Estudios de teoría constitucional*, ed. de Miguel Carbonell, México, Fontamara, 2001, pp. 31-33.

La Constitución recoge en sus disposiciones “lo que parece *importante* y requiere ser fijado” para dirigir la acción política sucesiva, según la particular situación histórica que guarda una sociedad.²⁷ No cualquier tema ameritaría tutela constitucional, sino solamente aquellos que tengan importancia capital para la sociedad, y si bien hay elementos mínimos que habría de contener la Constitución, como los referentes a cómo se organiza el poder del Estado, ella no necesariamente ha de limitarse a incluir una regulación de la potestad pública; también podría salvaguardar situaciones cuya permanencia, generalidad, fundamentalidad —en cuanto originen posiciones valiosas más específicas—, y/o grado de satisfacción social, sean tan deseables que ameritan una calidad superior.

El contenido de la ley fundamental responde entonces a la consecución de muy diversos “*estados finales*” *ideales*, proyectados a partir de la experiencia histórica para ser introducidos en el mundo real.²⁸ Los bienes constitucionalmente tutelados son entonces “*valores concretos*”, objetos o situaciones que el Constituyente ha estimado valiosos, a los cuales atribuye cualidades que para él hacen deseable su realización, disponiéndola por lo tanto con el mayor vigor jurídico. Si la realización de algo hace efectivo un determinado valor, una cualidad estimable, y por ende consiste en un bien por ser depositario de esta, dicho objeto y su ser se erigen a su vez en “valor”.

Lo importante es que los valores postulados explícita o implícitamente por la Constitución de modo concreto, no tienen una calidad jurídica cualquiera. La cimera posición de la ley suprema dentro del sistema jurídico, hace que ellos deban considerarse como los “*valores superiores* del ordenamiento”, siguiendo la feliz expresión del artículo 1.1 de la Constitución española. Esta superioridad de los “estados finales” que representan dichos valores, hace preferible (imperativamente, dada su índole jurídica) su realización a la de cualquier otro objetivo jurídico de un nivel inferior. Por el solo hecho de contenerse en la Constitución, un tema o disposición tiene carácter “superior”,²⁹ y de esta manera rige el contenido de toda la producción jurídica sucesiva.

Los bienes constitucionales son “valores” en el sentido de “modelos... fines, ideas e intereses” a los que debe alinearse todo el ordenamiento jurídico, por la supremacía que dentro de él goza la Constitución.³⁰ Es cla-

²⁷ Hesse, *op. cit.*, pp. 11-13.

²⁸ Cfr. Villoro, *op. cit.*, pp. 30 y 31.

²⁹ Cfr. Guastini, *op. cit.*, p. 32.

³⁰ Cfr. Häberle, Peter, *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*, Fri-

ro que el contenido constitucional se integra por tales elementos, dando lugar a un determinado “ordenamiento histórico creado, puesto en vigor, afirmado y perfeccionado, por efecto humano”;³¹ *no por “esencias etéreas y arcanas”*, una de las más comunes objeciones a una visión axiológica de la Constitución. Se trata de un “orden de valores superiores”, en cuanto dichos “modelos” deben imperar a lo largo y ancho del ámbito jurídico, y cuyos elementos mantienen una relación sistemática entre sí, pese a sus eventuales oposiciones que habrán de resolverse otorgando preferencia a la realización del valor que en el caso concreto la amerite.

A través de su expresión normativa como “principios” expresados o subyacentes a las disposiciones de la ley fundamental, los valores constitucionales obligan a que se realicen con la más amplia extensión posible. No importan solamente “límites” a la actuación del Estado, sino representan “un objetivo, una guía” de carácter imperativo que el legislador y todo órgano estatal “debe desarrollar”. Una concepción axiológica de la Constitución lleva a “configurar el documento constitucional como un instrumento capaz de modelar las relaciones sociales, y no como un mero instrumento de limitación del poder político y garantía de derechos individuales”.³² El Tribunal Constitucional Federal alemán formuló así esta idea en el caso *Lüth*:

Sin duda los derechos fundamentales son dispuestos primeramente para asegurar la esfera de libertad del individuo contra las intervenciones del poder público; son derechos de defensa (*Abwehrrecht*) del ciudadano contra el Estado. Lo anterior resulta de la evolución histórico-espiritual (*geistesgeschichtlich*) de la idea de los derechos fundamentales, así como de los acontecimientos históricos que han llevado a acogerlos en las Constituciones de cada Estado...

Pero asimismo es cierto que la Ley Fundamental, que no quiere ser un ordenamiento axiológicamente neutral... en su sección de derechos fundamentales erigió también un orden de valores objetivos (*objektive Wertordnung*), y justo en ello se expresa una fortificación principal (*prinzipielle Verstärkung*) de la fuerza de la validez de los derechos fundamentales... Este sistema de valores, cuyo punto central en el seno de la comunidad social se encuentra en el libre desenvolvimiento de la personalidad humana y su dignidad, debe valer como

burgo/Múnich, Karl Alber, 1981, p. 12. Este autor aquí también indica explícitamente que habla de valores en un sentido “neutral”, y no en el de Scheler o Hartmann. En algunas ocasiones posteriores haré comentarios implícitamente aplicables a esta declaración.

³¹ Hesse, *op. cit.*, p. 9.

³² Pozzolo, *op. cit.*, p. 347.

decisión fundamental constitucional para todos los ámbitos del derecho; la legislación, la administración y la jurisdicción reciben de él líneas directivas e impulsos (*Richtlinien und Impulse*). Así, por supuesto que dicho sistema también influye al derecho civil; a ninguna disposición de derecho civil le está permitido mantenerse en contradicción con él, cada una tiene que interpretarse dentro de su espíritu.³³

La “objetividad” de los valores constitucionales, según se desprende de lo anterior, consiste en que no rigen solamente relaciones subjetivas, sino que la realización de las situaciones ideales que los constituyen es “deseable” y “estimable” para cualquier campo del derecho. La calidad objetiva de los valores constitucionales resulta de que son *finés supremos del ordenamiento totalmente considerado*, metas que el Constituyente busca establecer en la realidad en toda circunstancia, y lleva a que tengan *eficacia en toda situación jurídica* en que intervengan de algún modo. Para los derechos fundamentales esto no solo hace exigible su respeto al poder público, sino lo impele a promoverlos en cualquier aspecto de la vida social aun a través de la acción privada, y adquieren así una *dimensión positiva* —y no solo negativa— que les da “validez universal” en el “ordenamiento jurídico en su conjunto”.³⁴ De esta manera, los valores constitucionales no solo exigen *respeto*, entendido como la abstención de cualquier acción que los menoscabe, sino también *protección y promoción* al requerir asimismo medidas adecuadas y acciones positivas para impedir cualquier situación que perjudique su máxima realización, y lograr esta en la mayor medida posible.³⁵

Siendo los “valores” jurídicos constitucionales principios normativos cuya realización en grado óptimo se impone a todo el ordenamiento jurídico y sus creadores y operadores, que no solo constituyen mandatos de restricción sino también “líneas directivas” y sobre todo “impulsos”; obligan fundamentalmente a su *respeto, protección y promoción*, debiéndose adoptar medidas adecuadas que lleven a su realización plena o la garanticen en caso de incumplimiento. Puede ser que no se designe a los bienes

³³ BVerfGE 7, 198 (204-205). Esta resolución puede consultarse en Schwabe, Jürgen (ed.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, trad. de Marcela Anzola Gil y Emilio Maus Ratz, México, Fundación Konrad Adenauer, 2009.

³⁴ Cfr. Alexy, *op. cit.*, p. 478; Cruz, *op. cit.*, pp. 14-17; y Hesse, *op. cit.*, p. 133. Véase DERECHOS FUNDAMENTALES. SU DIMENSIÓN SUBJETIVA Y OBJETIVA, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. época, lib. XVI, enero de 2013, t. 1, tesis 1a. XXI/2013 (10a.), p. 627.

³⁵ Véase Rensmann, Thilo, *Wertordnung und Verfassung. Das Grundgesetz im Kontext grenzüberschreitender Konstitutionalisierung*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2007, pp. 62-67, en particular la p. 65.

constitucionalmente tutelados como “valores” o “principios”, pero si su estructura y funcionamiento se dan en las condiciones apuntadas, operarán bajo una “lógica valorativa”, de una manera que filosóficamente corresponde a una *concepción axiológica*.³⁶

3. Los derechos fundamentales y otros valores

No resulta fácilmente controvertible la afirmación de que los derechos fundamentales son valores constitucionales; su inmediata referencia ética, al igual que su naturaleza y funcionamiento, así lo indican. Y no solo hablo del plano estrictamente constitucional, sino también desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos.³⁷

Por lo menos en lo que se refiere a este último, los derechos fundamentales operan bajo una *dinámica axiológica* que busca su máxima efectividad, e impone al Estado distintos deberes que le conducen al respeto de tales derechos, pero también a la adopción de medidas necesarias y oportunas para lograr su máxima efectividad, en suma: a su protección y promoción. Tal es claramente la intención de disposiciones como los artículos

³⁶ En Alemania, por ejemplo, la impugnación por parte de corrientes jurídicas tradicionalistas ocasionó el abandono de la fórmula del “orden de valores”, y que se diera paso a hablar de la “dimensión objetiva” o del “contenido objetivo” de los derechos fundamentales, que tiene un sentido más “jurídico” y “neutral” (como indicó Häberle, *loc. cit.*); sin embargo, las características de aquella se conservan, y aunque con denominaciones como las últimas, esta teoría se mantiene “sin alternativa y resistente al cambio”; *cf.* Wahl, Rainer, “Lüth und die Folgen. Ein Urteil als Weichenstellung für die Rechtsentwicklung”, en Henne, Thomas y Riedlinger, Arne (eds.), *Das Lüth-Urteil aus (rechts-) historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts*, Berlín, BWV, 2005, pp. 380-382 y 397.

³⁷ Por ser innecesaria mayor precisión aquí, considero sinónimas las expresiones “derechos fundamentales” y “derechos humanos”. Una importante contribución al esclarecimiento de este problema terminológico es Carpizo, Jorge, “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 25, julio-diciembre de 2011, pp. 12-17. Con base en lo anterior, también advierto la existencia de un “bloque de constitucionalidad” al que están integradas las normas internacionales sobre derechos humanos, un tema de ardua discusión en México y al cual es imperativo referir la resolución del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 293/2011, cuya redacción definitiva no se ha expedido al momento; *cf.* DERECHOS FUNDAMENTALES CONTENIDOS EN TRATADOS INTERNACIONALES. GOZAN DE EFICACIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. época, lib. XVII, febrero de 2013, t. 1, tesis 1a. XLI/2013 (10a.), p. 799.

2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.³⁸

De hecho, hay una clara relación entre el sentido del derecho internacional de los derechos humanos y una teoría constitucional axiológica.³⁹ Este vínculo no se basa en declaraciones más o menos retóricas como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el sentido de que el tratado que es objeto de su protección está destinado a “salvaguardar y promover los ideales y valores de una sociedad democrática”,⁴⁰ o la muy reiterada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el “carácter especial” del Pacto de San José y otros tratados sobre derechos humanos, que “se inspiran en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano)”.⁴¹ El derecho internacional establece los derechos humanos como pretensiones jurídicas dirigidas a su “optimización” no solo a través de una actuación omisiva, de mero respeto, por parte del Estado, sino también mediante actos positivos del mismo, el cual debe tomar todas las medidas para asegurar su efectividad.⁴²

Sin embargo, los derechos fundamentales no son los únicos valores que contiene la Constitución. Diversas disposiciones “orgánicas” del texto fundamental asimismo representan fines y objetivos que el Constituyente pretendió realizar en óptimo grado, y los cuales operan también a base de una satisfacción máxima de acuerdo a las posibilidades jurídicas y fácticas, pretendiendo su realización en toda circunstancia en que pudieran ser relevantes.⁴³

En México hallamos algunos ejemplos de estos valores “orgánicos” distintos a los derechos fundamentales, o bien carentes de relación más

³⁸ Cfr. Carbonell, Miguel, “Las obligaciones del Estado en el artículo 1o. de la Constitución mexicana”, en *id.* y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 75-79. Véase también CIDH, *Masacre de Pueblo Bello v. Colombia*, fondo, reparaciones y costas, 31 de enero de 2006, serie C, núm. 140, § 111-117.

³⁹ Cfr. Rensmann, *op. cit.*, nota 34, pp. 8, 20-21, 27-28 y 34.

⁴⁰ *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, núms. 5095/71, 5920/72 y 5926/72, fondo, 7 de diciembre de 1976, § 53. Véase también Rensmann, *op. cit.*, nota 34, pp. 215-242, 329 y ss.

⁴¹ *Masacre de Maripán v. Colombia*, fondo, reparaciones y costas, 15 de septiembre de 2005, serie C, núm. 134, § 104.

⁴² Cfr. CIDH, *Castillo Petruzzi y otros v. Perú*, fondo, 30 de mayo de 1999, serie C, núm. 52, § 207; TEDH, *Airey v. Ireland*, núm. 6289/73, fondo, 9 de octubre de 1979, § 24-25; y TEDH, *Tzëkov c. Bulgarie*, núm. 45500/99, fondo y satisfacción equitativa, 23 de febrero de 2006, § 52-53.

⁴³ Cfr. Alexy, *op. cit.*, pp. 82, 94 y 118.

o menos directa con ellos: 1) el “principio de fortalecimiento municipal” no solo genera un simple respeto a la *autonomía* de este orden, sino también un deber de protegerla frente a todo lo que pudiera afectarla en su dimensión jurídica, política y económica, y de promoverla para tener la máxima eficacia posible,⁴⁴ y 2) los principios de *legalidad*, *honradez*, *lealtad*, *imparcialidad* y *eficiencia* que imponen los artículos 109 y 113 constitucionales al desempeño de los cargos públicos, que “han permeado en el ordenamiento constitucional transversalmente y funcionan no solo como limitantes a la potestad legislativa, sino como obligaciones que guían las conductas de los servidores públicos”.⁴⁵

V. VALORES CONSTITUCIONALES Y NEOCONSTITUCIONALISMO

Es innegable la relación entre una concepción axiológica de la Constitución y el llamado “neoconstitucionalismo”.

Según Susana Pozzolo, esta última corriente se distingue de un entendimiento tradicional del derecho constitucional por la oposición entre los siguientes elementos: 1) principios y “normas” —mejor dicho, “reglas”—; 2) ponderación y subsunción; 3) Constitución y libertad legislativa, y 4) función jurisdiccional y libertad legislativa. Todos estos aspectos se vinculan por la idea de que el contenido sustantivo de la ley fundamental determina la validez de el derecho ordinario, por lo que debe darse una “penetración general del texto constitucional” en todo el ordenamiento jurídico, mediante la reducción de la esfera de discrecionalidad del legislador y los aplicadores del derecho por la “expansión” de los efectos del contenido material de la Constitución.⁴⁶ Tal “expansión”

⁴⁴ Una aplicación de dicho principio es la “vinculatoriedad dialéctica” a que están sometidos los Congresos locales para determinar las contribuciones a que los municipios tienen derecho, consistente en la necesidad de basarse en la propuesta que estos les formulen, y apartarse de ella solo con razones suficientes y mediante una adecuada argumentación. Véase Pleno, controversia constitucional 15/2006, *Diario Oficial de la Federación*, 9 de febrero de 2007, 2a. sección, con. VI, pp. 9 y ss.

⁴⁵ *Cf.* RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERALES. EL HECHO DE QUE EL CONGRESO DE LA UNIÓN NO HAYA MODIFICADO LA LEGISLACIÓN QUE REGULA LA MATERIA, NO ACTUALIZA UNA OMISIÓN LEGISLATIVA NI AFECTA LA SEGURIDAD JURÍDICA DE LOS GOBERNADOS, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. época, lib. XXII, julio de 2013, t. 1, tesis 1a. CCVIII/2013 (10a.), p. 570.

⁴⁶ *Op. cit.*, pp. 339-342.

produce la “constitucionalización” del ordenamiento jurídico, fenómeno consistente en que los elementos ordinarios de este sistema reflejan, realizándolos, los fines y objetivos —es decir, los “valores”— a que tiende el orden constitucional.⁴⁷

Con anterioridad señalé que la teoría axiológica de la Constitución explica a cabalidad las figuras más importantes del neoconstitucionalismo —interpretación conforme a la Constitución, *Drittwirkung* y “ponderación”—. No sobra recordar que estas figuras no son simples elaboraciones teóricas, sino que hoy operan plenamente en distintos ordenamientos, entre ellos el mexicano. A continuación expondré la relación de aquella teoría con dichos elementos, con la intención de simplemente presentar esta relación y de ninguna manera la de agotar su vasto tratamiento.

1. *Interpretación conforme a la Constitución*

La llamada “interpretación conforme a la Constitución” consiste en “armoniza[r] la ley con la Constitución... eligiendo... el significado (es decir, la norma) que evite toda contradicción entre la ley y la Constitución”.⁴⁸ Los valores tutelados por los principios constitucionales no podrían tener realización plena, si en la actividad jurídica cotidiana se permitiera a los operadores jurídicos ordinarios que al momento de concretizar el sistema jurídico, se apartasen siquiera en un solo grado de la dirección que han determinado dichos mandatos fundamentales. La “interpretación conforme” resulta entonces el factor inmediato de la “constitucionalización”, es decir, la instilación de los contenidos constitucionales en el secundario a través de los actos jurídicos ordinarios de aplicación.

En primer lugar, los contenidos constitucionales requieren cumplimiento al legislador parlamentario. Sin embargo, su exigencia de realización óptima no puede agotarse en la ley ordinaria; dicha exigencia les provee de un “efecto de irradiación” por el cual exigen satisfacción en todos los aspectos en que pudieran ser relevantes. Uno de estos son los ámbitos de aparente discrecionalidad que tienen los intérpretes de la ley al momento de aplicarla; pero dichas “lagunas” no son tales, sino que en

⁴⁷ Véase Carbonell, Miguel y Sánchez Gil, Rubén, “¿Qué es la constitucionalización del ordenamiento jurídico?”, en Sánchez Gil, Rubén, *Escritos procesales constitucionales*, México, Porrúa-IMDPC, 2012, pp. 329-352.

⁴⁸ Guastini, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, trad. de José María Lujambio, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta-UNAM, 2003, p. 57.

realidad se hallan “ocupadas” por la influencia que ejercen sobre ella los valores constitucionales a que debe inclinarse el intérprete.⁴⁹

Cuando el texto legal permite al intérprete optar por distintas alternativas de significado, a dicho operador no le es lícito elegir cualquiera de ellas, pues tiene la obligación de preferir la que sí sea conforme a las normas constitucionales que influyan en la situación, o la que más convenga a los propósitos de la ley fundamental. Es precisamente en la aplicación del derecho ordinario por la administración pública y los tribunales, que incide inmediatamente en la esfera jurídica de las personas, donde deben cumplirse los preceptos de la Constitución y desplegar sus efectos. Por eso la interpretación conforme a la Constitución se encuentra condicionada por la “consideración al orden axiológico iusfundamental”,⁵⁰ que impone el deber de interpretar los elementos secundarios del ordenamiento “desde” los valores de la ley fundamental.⁵¹

Con esta expansiva eficacia, la “supremacía” de la Constitución se relaciona directamente con *cada uno* de los actos de creación jurídica sucesiva. Puede haber así, por ejemplo, un vínculo *inmediato* entre la ley fundamental por una parte, y un reglamento o una sentencia por el otro, sin perjuicio de que estos también lo tengan con leyes ordinarias.⁵² De esta manera, el acto jurídico ordinario *realizaría* los valores constitucionales que lo determinan, no debiendo ser simplemente una decisión tomada “discrecionalmente” por el operador jurídico, sino un acto deliberado de actualización de dichos objetivos consagrados en la ley suprema.

Desde luego, dada su afinidad, la interpretación conforme a la Constitución también impone que dicha adecuación se dé respecto de los derechos fundamentales previstos en los tratados internacionales, a los cuales se halle vinculado el operador jurídico.⁵³ No obstante que este tópico se halle aún discutiendo en cuanto a ciertos aspectos, esta afirmación puede realizarse en México sin mayor problema, pero con algunas adecuaciones debidas a la naturaleza y situación del derecho internacional.⁵⁴

⁴⁹ Cfr. BVerfGE 7, 198 (207).

⁵⁰ Hesse, *op. cit.*, p. 31.

⁵¹ BVerfGE 19, 1 (8). Véase Vigo, Rodolfo Luis, *Interpretación constitucional*, 2a. ed., Buenos Aires, LexisNexis-Abeledo Perrot, 2004, pp. 126-129.

⁵² Requena López, Tomás, *El principio de jerarquía normativa*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, pp. 306-307.

⁵³ Cfr. “DERECHOS FUNDAMENTALES...”, *cit.*

⁵⁴ Véase Caballero Ochoa, José Luis, *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, México, Porrúa-IMDPC, 2013.

2. *Drittwirkung* o eficacia iusfundamental entre particulares

La *Drittwirkung*, la eficacia de los derechos fundamentales entre personas privadas,⁵⁵ es otro de los rasgos característicos de la teoría axiológica constitucional, porque su afirmación resulta “por fuerza [del] contenido objetivo” iusfundamental y la calidad que esos derechos tienen como “valores supremos [del ordenamiento]”.⁵⁶ La *Drittwirkung* fue un primer intento de constitucionalización del derecho privado, de hacer valer a cabalidad el imperio del contenido axiológico de la ley fundamental en ese ámbito, y no dejarlo abandonado a la amplia discrecionalidad de sus operadores.⁵⁷

Postular la *Drittwirkung* implica abandonar la tradicional idea de que los derechos fundamentales son exclusivamente derechos subjetivos públicos, y solo regulan una relación jurídica entre el gobernado y la autoridad estatal. Ella da a la eficacia iusfundamental una extensión que antes era sencillamente inimaginable.⁵⁸ Pero no se trata de una ampliación gratuita de los alcances iusfundamentales, sino otorga “plenitud de vigencia a los valores incorporados en [tales] derechos... en todas las dimensiones del ordenamiento jurídico”, e “impide el desarrollo de una *doble ética* en la sociedad, una en las relaciones con el Estado y otra para las relaciones entre particulares”.⁵⁹

⁵⁵ La referida expresión alemana ya es de uso corriente en lengua española; extrañamente es más eficiente que su “traducción” a nuestra lengua. Véase DERECHOS FUNDAMENTALES. SON SUSCEPTIBLES DE ANALIZARSE, VÍA AMPARO DIRECTO INTERPUESTO CONTRA LA SENTENCIA DEFINITIVA QUE PUSO FIN AL JUICIO, EN INTERPRETACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN, AUN CUANDO SE TRATE DE ACTOS DE PARTICULARES EN RELACIONES HORIZONTALES O DE COORDINACIÓN, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXX, agosto de 2009, tesis I.3o.C.739 C, p. 1597. De obligada referencia para el tema en nuestro país es Mijangos y González, Javier, *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, México, Porrúa-IMDPC, 2007.

⁵⁶ Cfr. Wespi, Kaspar, *Die Drittwirkung der Freiheitsrechte*, Zúrich, Schulthess, 1968, p. 7 (énfasis añadido). Por supuesto, no me refiero solo a los derechos fundamentales de origen constitucional, sino también los de orden internacional; véanse DERECHOS FUNDAMENTALES..., *cit.*, y DERECHOS FUNDAMENTALES CONTENIDOS EN TRATADOS INTERNACIONALES. GOZAN DE EFICACIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. época, lib. XVII, febrero de 2013, t. 1, tesis 1a. XLI/2013 (10a.), p. 799.

⁵⁷ Cfr. Schuppert, Gunnar Folke y Bumke, Christian, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung. Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des “einfachen” Rechts*, Baden-Baden, Nomos, 2000, p. 20.

⁵⁸ Véase Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM-CNDH, 2006, pp. 132-135.

⁵⁹ Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 75 (énfasis añadido).

3. “Ponderación” y principio de proporcionalidad

La famosa “ponderación” es en realidad la última fase de una técnica de examen de la regularidad de las intervenciones en los ámbitos protegidos por un derecho fundamental —mas su aplicación no se limita a este problema paradigmático—. Dicho examen se basa en el *principio de proporcionalidad*, y consiste en valorar si la intervención analizada es *idónea, necesaria y “ponderada” o proporcionada en sentido estricto* a la consecución de un fin legítimo.⁶⁰

La idea básica de dicho principio es que el ámbito protegido por un derecho fundamental —para ubicarnos en el referido caso paradigmático— solo puede restringirse en el *grado estrictamente indispensable* para lograr un objetivo constitucionalmente lícito. No se trata de una jerarquía *a priori* e inflexible entre principios constitucionales, sino en una determinación casuística para establecer la realización de cuál de los principios en colisión amerita preferencia en el caso particular, porque tiene mayor peso concreto en él.

El principio de proporcionalidad se basa en una teoría jurídica y constitucional “amplia y comprehensiva”, aun “holística”, que no agota los derechos fundamentales o los principios constitucionales en la tutela de posiciones jurídicas subjetivas.⁶¹ Exige renunciar a definiciones estrechas de los derechos fundamentales, y requiere para ellos una “interpretación amplia” que extienda a un grado absoluto el alcance protector que *prima facie* poseen, a fin de hacerlos *resistentes a su limitación* y reducirla a casos en que sea completamente imprescindible.⁶² Esto no es más que una manifestación del “mandato de optimización” de los principios constitucionales que, como vimos, son expresión normativa de los valores afirmados por la ley suprema.

En particular la ponderación, o sea el examen de proporcionalidad *stricto sensu*, pone de relieve la dinámica axiológica que caracteriza a los

⁶⁰ Véase como referencia general Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, particularmente las pp. 23-30.

⁶¹ Cfr. Alexy, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, trad. y ed. de Rubén Sánchez Gil, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-IIDPC, núm. 11, enero-junio de 2009, pp. 3-6.

⁶² Klatt, Matthias y Meister, Moritz, “Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip”, en Klatt, Matthias (ed.), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, Tübinga, Mohr Siebeck, 2013, pp. 87-90. Este reciente trabajo es una de las más sólidas y vehementes defensas del principio de proporcionalidad, y lo aborda en términos genéricos aplicables a los planos constitucional e internacional de los derechos humanos.

derechos fundamentales. Este ejercicio consiste en la determinación del grado con que en un caso particular se realiza un principio constitucional, en relación con la actualización de otro que se le opone, de acuerdo en términos generales con los siguientes parámetros: 1) su *importancia abstracta* en el orden constitucional, pues no todos los derechos fundamentales son equivalentes —por ejemplo: el derecho a la vida o la salud, frente a la propiedad—; 2) la *intensidad concreta* con que los derechos en colisión se menoscabarían o satisfarían, y 3) el *grado concreto de certeza* con que estas últimas situaciones acontecerían.⁶³

La “ponderación” inicia determinando el “valor del ser real de los valores” constitucionales que entran en contradicción bajo circunstancias específicas, o sea el valor de su realización en el caso particular, aspecto que “domina toda la esfera de la teleología dirigida al valor”. Ella concluye con la decisión de “cuál de los intereses [en conflicto], *de igual jerarquía en abstracto*, tiene *mayor peso en el caso concreto*”; pero sin que aquel que no prevaleció sea “derogado”, anulado, sino que simplemente “retrocede” en esa situación particular.⁶⁴ No se trata de establecer una prevalencia absoluta entre los valores idealmente considerados —lo que es solo un factor de este procedimiento— y que eventualmente colisionan; cuya realización es valiosa por sí misma, pero también disvaliosa en tanto impide la de su opuesto en las particulares condiciones en que se produce su conflicto. La ponderación busca estimar cómo dichos valores se hacen contradictoriamente efectivos, y escoge una de tales alternativas de actualización porque representa la realidad valorativa más alta, erigiéndose de esta manera en un procedimiento de corte basado en consideraciones totalmente axiológicas.⁶⁵

VI. NOTAS FINALES

Especialmente referida a los derechos fundamentales, la teoría axiológica de la Constitución es uno más de los puntos de vista que han intentado explicar la naturaleza, estructura y funcionamiento de estas normas supre-

⁶³ Véase Alexy, Robert, “La fórmula del peso”, trad. de Carlos Bernal Pulido, en Carbonell, Miguel (coord.), *El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales*, México, CNDH-CEDHA, 2008, pp. 11-37.

⁶⁴ Alexy, *op. cit.*, pp. 78-80 (cursivas en el original).

⁶⁵ Véase Hartmann, *op. cit.*, pp. 332-334 y 338-342.

mas del ordenamiento jurídico. Pero se le puede calificar de “holística”,⁶⁶ en la medida que su conocimiento hace concluir que se trata de una concepción que abraza y explica incluso todas las demás teorías.⁶⁷ Además, constituye una doctrina que puede ser *rigurosa y sólida*, lo que se advierte una vez que se ha dirigido la mirada a sus complejas elaboraciones, y las vemos presentes en las figuras e instituciones jurídicas más cotidianas hoy en día.

La idea de que la Constitución manifiesta un “orden de valores objetivos” es el elemento imprescindible para fundamentar y otorgar unidad y coherencia al llamado “neoconstitucionalismo”, es decir, a la manera en que entendemos y operamos en nuestro tiempo el derecho de la Constitución. En secciones anteriores mostré —no demostré, dados los límites de este trabajo— que las más importantes figuras de la operación constitucional y de derechos fundamentales de la actualidad, se explican en función de esta manera de concebir las disposiciones de la ley suprema; la cual, por los vínculos que mantiene con los derechos fundamentales, también aplica al derecho internacional de los derechos humanos, tan importante para México a raíz de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011. Pero creo que con lo expuesto el lector puede asomarse a esta manera de concebir el derecho, y proceder a reflexiones propias en torno a ella.

La teoría axiológica de la Constitución permite que comprendamos no solo el funcionamiento jurídico, sino también contribuye a explicar y justificar el contenido material del ordenamiento. No se agota en un mero punto de vista exclusivamente para la operación jurídica, sino que importa trascendentes reflexiones éticas sobre los contenidos materiales del sistema jurídico, en particular sobre la fundamentación de los establecidos como “valores superiores” del orden jurídico que irradiarán su fuerza normativa a los restantes integrantes del sistema. Se trata de una concepción que explica el derecho desde el principio, y aun desde antes.

Desde luego, reconocer los valores constitucionales y establecer sus implicaciones y consecuencias, es una labor que corresponde a la *interpretación jurídica* y su argumentación. Contra una frecuente objeción a la teoría axiológica, esclarecer los valores que consagra la Constitución y cuya

⁶⁶ *Cf.* Alexy, *op. cit.*, p. 4.

⁶⁷ Siguiendo el clásico trabajo de Ernst-Wolfgang Böckenförde, Carbonell comenta los distintos enfoques dados a los derechos fundamentales —extensibles a otros principios y por ende manifestaciones de teorías constitucionales integrales—: liberal, institucional, axiológico, democrático-funcional y del Estado social; y todas ellas encuentran cabida en la posición que enfatizamos. Véase *op. cit.*, pp. 34-44.

realización es la causa final de sus disposiciones, no es una operación arcana o caprichosa; puede darse a partir del propio *texto constitucional* y la *discusión racional* sobre su sentido e implicaciones, produciendo un conocimiento acumulativo, construido especialmente a través de las decisiones de la jurisprudencia constitucional, y el cual por consiguiente difícilmente carecerá de referencias objetivas. Sin duda, esta interpretación puede concluir erróneamente, pero de ello no puede culparse a este punto de vista, sino al desacierto en que puedan incurrir sus operadores, del que tampoco se hallan exentos los afiliados a otras perspectivas; aunque a decir verdad, es más probable que la equivocación se produzca excluyendo elementos relevantes para el significado de las normas, que incluyendo todos los disponibles como propone la teoría postulada en este trabajo.

Finalmente, la teoría axiológica es de corte *humanista*.⁶⁸ Reconoce que el derecho se inserta en la existencia y la experiencia humanas, y advierte que sus contenidos deben corresponder a aspiraciones materiales legítimas que valen para todas las personas. Advierte que el orden jurídico es una manifestación del espíritu humano —en su más amplia y neutral acepción—, y que en él se dan cita las aspiraciones, los deseos y las ideas que resultan de la evolución de la civilización humana. Pone el acento en que la Constitución no es solo un catálogo de normas para la conducta del Estado, arbitrariamente dispuestas, sino un conjunto de ideales que da sentido a la vida de la sociedad y las personas que la integran, orientándola a conseguir a cada paso de este curso vital los fines más importantes que le han señalado.

Por supuesto, Scheler y Hartmann por sí solos no pueden —y nunca pretendieron— explicar los sistemas jurídicos tan complejos de la actualidad, pero sus doctrinas sí aportan fundamentos sólidos para que con una sobreinterpretación de las mismas se desarrolle una teoría jurídica acorde a nuestro tiempo y sus requerimientos. Es absurdo pretender aplicar inmediatamente, sin “traducción”, una doctrina filosófica al derecho, y más aún cuando aquella no se creó a la vista de los retos que hoy tienen los sistemas jurídicos, como a inicios del siglo pasado cuando dichos pensadores nos brindaron sus obras. Pero como expresé, éstas sí pueden darnos bases elementales para una mejor comprensión de nuestro ordenamiento y de su Constitución.

⁶⁸ Para ubicar el humanismo en la historia y la filosofía, véase Recaséns Siches, *op. cit.*, pp. 497-547.

UNA DEFINICIÓN DE TRANSFUGUISMO EN MÉXICO Y EN ESPAÑA*

Pablo SANTOLAYA**

SUMARIO: I. *El transfuguismo como “falso amigo”*. II. *Una respuesta canónica*. III. *Una respuesta convencional... del siglo XXI*. IV. *Solo los cargos públicos representativos pueden ser tránsfugas*. V. *El objetivo: otorgar el poder. Parlamentarismo vs. presidencialismo... una vez más*. VI. *Los motivos (normalmente inconfesables) del transfuguismo*. VII. *La dificultad de encontrar soluciones eficaces y constitucionalmente adecuadas*.

I. EL TRANSFUGUISMO COMO “FALSO AMIGO”

El punto de partida de este trabajo, y al mismo tiempo su dificultad intrínseca, es que el concepto transfuguismo al que nos vamos a referir es equívoco predicado como objeto de derecho comparado; empleamos en México y en España la misma palabra para definir fenómenos sociales y políticos diferentes, que pueden, a su vez, requerir respuestas jurídicas no similares.

Estamos ante lo que los franceses denominan un “falso amigo”, expresión con la que se refieren a la utilización de la misma palabra con dos sentidos muy distintos de manera que origina confusión. Cuando un presidente portugués que visitaba España señaló que “estaba embarazado”

* El presente trabajo en homenaje al doctor Jorge Carpizo pretende reflejar un problema presente en los ordenamientos jurídicos mexicano y español, si bien con importantes elementos diferenciales tanto en su planteamiento como en su solución. En su primera versión fue una conferencia pronunciada en una Jornada sobre los Problemas actuales del transfuguismo electoral, en la Universidad Autónoma de Coahuila en octubre de 2010. Una versión posterior se elaboró para una posible publicación de los textos con la coordinación de Luis Efrén Ríos, que nunca ha llegado a realizarse. Con ocasión de este homenaje, he retomado y actualizado los trabajos señalados elaborando esta nueva versión de un problema que quiero creer, sería del interés del doctor Carpizo.

** Vocal de la Junta Electoral Central. Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Alcalá. pablo.santolaya@uah.es.

provocó una mezcla de estupor y jolgorio, porque en portugués, pero evidentemente no entre nosotros, “embarazado” significa “avergonzado”.

Algo similar ocurre con la utilización común del término “transfuguismo”. No significa lo mismo. No describe la misma realidad y por tanto genera un evidente riesgo de confusión en su diagnóstico y tratamiento.

De manera que, para iniciar nuestro diálogo, debemos hacernos una serie de preguntas ¿De qué hablamos cuando hablamos de transfuguismo? ¿Podemos encontrar soluciones comunes entre dos ordenamientos que utilizan el mismo *nomen iuris* para dos fenómenos diversos? O incluso ¿Es provechosa una investigación comparada en este punto?

II. UNA RESPUESTA CANÓNICA

Para intentar contestar a esta, ahora sí, embarazosa serie de preguntas, creo que un buen punto de partida es la utilización de nuestro máspreciado patrimonio común, nuestra lengua. Veamos qué dice al respecto el Diccionario de las Reales Academias para definir este término.

Y la respuesta es sorprendente; la primera acepción de “tránsfuga” es considerar que se trata de una “Persona que pasa de una ideológica o colectividad a otra”. Ahora bien, es evidente que en esa definición no hay valoración negativa o peyorativa alguna.

Incluso, avanzando un paso más, resultaría que esa definición estaría simplemente describiendo uno de los derechos esenciales del Estado democrático reconocido internacionalmente en los tratados internacionales de derechos humanos. No podemos concebir nuestra libertad ideológica como algo que se ejerce una única vez, sino que tiene que ser de un uso constante, y, por supuesto incluye el poder cambiar de opinión, alterar nuestra opción ideológica, y ello con independencia del hecho de que los partidos políticos parecen darnos fundados motivos para hacerlo.

Ni siquiera podemos concebir un sistema democrático en la que los ciudadanos tuviéramos limitado o prohibido pasar de una ideología a otra. Precisamente por ello celebramos elecciones periódicamente y consideramos esencial la alternancia en el poder, que no es sino la organización del cambio de opinión, si se quiere la posibilidad del transfuguismo ciudadano cada determinado periodo de tiempo y ejercido en condiciones de libertad e igualdad para la competición de las ideas que invitan a los ciudadanos a hacerlo.

Si nos quedamos en este punto no podríamos reunirnos a hablar de los problemas del transfuguismo, ni desde luego adoptar medida alguna para evitarlo.

No se trataría, tan solo de constatar que los cambios de opinión pueden ser lícitos, de que hay, en efecto, luces y sombras en ese fenómeno que parece moverse entre lo sublime y lo maldito,¹ sino que habría que dar un paso más y señalar que el Estado democrático se caracteriza, sobre todo, por organizar periódicamente el ejercicio libre y justo del transfuguismo —el cambio de ideas políticas de los ciudadanos— para garantizar la alternancia política.

Es evidente que debemos seguir avanzando, pero también debe serlo que ese elemento de tensión que significa estar afectando al elemento esencial, al núcleo mismo de nuestro sistema democrático, debe estar siempre presente a la hora de definir peyorativamente un cambio ideológico como transfuguismo y, desde luego, al crear instrumentos jurídicos que pretendan evitarlo o, al menos, limitarlo.

III. UNA RESPUESTA CONVENCIONAL... DEL SIGLO XXI

Pero debemos continuar la búsqueda de un significado del término más acorde a nuestra realidad social, y para ello les propongo una vía, probablemente atípica para una artículo académico, pero ampliamente usada por nuestros alumnos en la Universidad. Hagamos como ellos y veamos cómo lo define la más famosa enciclopedia de la web... acudamos a Wikipedia

Y allí aprendemos que se trata de un término utilizado para describir a un político que, tras haber sido elegido por los votantes en una lista de un partido político, cambia de partido a fin de poder dar el poder a un partido de la oposición, y añade que a pesar de que normalmente tiene lugar por motivos ilegales, inconfesables y socialmente inaceptables más que por motivos ideológicos, sin embargo es muy difícil impedir desde el punto de vista legal.

Definición en mi opinión sorprendentemente lúcida² de la que podemos destacar varios elementos que nos ayuden a nuestra reflexión.

¹ Vanaclocha, Francisco, “Entre los sublime y lo maldito: luces y sombras del transfuguismo político”, en Santolaya, Pablo y Corona, Jesús, *Transfuguismo político: Escenarios y respuestas*, Pamplona, Civitas, 2009.

² Que desgraciadamente ha sido modificada por otra a mi entender mucho menos sugerente y precisa en el momento en que escribo el texto final de este artículo.

IV. SOLO LOS CARGOS PÚBLICOS REPRESENTATIVOS PUEDEN SER TRÁNSFUGAS

El primero de los elementos que es preciso recalcar, y que resulta sumamente tranquilizador, es que los ciudadanos no somos en ningún caso tráfugas. Nuestros cambios de opinión no merecen censura alguna ni tienen que ser, en absoluto, debidos a motivos inconfesables, lo que, sin duda, es todo un alivio a la hora de votar con libertad.

Por lo tanto, la condición existencial para ser tráfuga es ser, en primer lugar, político, no en el sentido amplio en el que todos intervenimos en los asuntos públicos con nuestra opinión o nuestro voto, sino, como afirma el diccionario de la RAE, en cuanto regimos o aspiramos a regir los asuntos públicos, es decir como cargos públicos.

Pero tampoco el término puede ser empleado para designar cualquier cargo público. Un ministro que cambia de opinión política y actúa contra su presidente será justamente cesado, pero no podrá ser calificado de tráfuga en la medida en que, insisto, razonablemente, no podrá continuar ejerciendo su cargo.

Tenemos en consecuencia que dar un paso más, para afirmar que solo puede haber transfuguismo donde exista un cargo público representativo,³ condición que solo es posible predicar de aquellos que han sido elegidos, y en consecuencia legitimados, por los propios ciudadanos. Todo tráfuga ha de contar con un mandato popular de actuación, que es su fuente de legitimación.

Pero ese mandato es, desde que los revolucionarios franceses rompieron los “cuadernos de instrucciones” que habían recibido de sus electores, al considerarse, cada uno de ellos, representantes del conjunto del pueblo, un mandato representativo. A partir de ese momento se estableció un vínculo entre electores y cargos públicos, que afecta al núcleo mismo de la representación, de manera que ninguna voluntad diferente a la de los propios representantes o a la de los representados, expresada a través de los mecanismos electorales, pueda romper esa relación de representación.

Jurídicamente esa idea se plasma en la prohibición del mandato imperativo, presente con rotundidad en el artículo 67.2 de la Constitución

³ Utilizo el término en el sentido que expone el trabajo ya clásico de Javier García Roca, *Cargos públicos representativos*, Pamplona, Aranzadi, 1999. Véase también del mismo autor “La difícil noción de cargo público representativo y su función delimitadora de uno de los derechos fundamentales del artículo 23.2 de la Constitución”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 34, 1995, pp. 51 y ss.

Española: “Los miembros de las Cortes Generales no estarán ligados por mandato imperativo”, pero también en la configuración constitucional del derecho fundamental de participación “directamente o por medio de representantes libremente elegidos” del artículo 23.1 y en la afirmación que abre el Título III de la Constitución, en el que se regula las Cortes Generales, de que éstas “representan al pueblo español”

Prohibición que, hay que entender, en los modernos Estados democráticos en los que los partidos políticos son definidos como “instrumento fundamental para la participación política” al modo del artículo 6o. de la Constitución Española, en realidad está dirigida, a proteger a los representantes del pueblo español frente a las propias formaciones políticas en cuyas listas han sido elegidos.

Defender lo contrario, significa no solo hacer renacer el sufragio imperativo, ahora a favor de los partidos, sino también otorgar a sus ejecutivas una capacidad de mediación desmesurada en relación con los electores.⁴ Jurídicamente el pueblo vota candidatos, no partidos, y una vez nombrados no pueden ser revocados por los partidos, porque son los electores los que les han convertido en cargos públicos representativos.

Precisamente por ello los conflictos jurídicos en esta materia surgieron en España, con relación a la pérdida del cargo público representativo como consecuencia del abandono o la expulsión del partido político en cuyas listas había sido elegido, posibilidad prevista en la Ley de elecciones locales preconstitucional, aprobada en 1978.

Pues bien, la trascendental sentencia del Tribunal Constitucional 5/1983, de 4 de febrero establece que el derecho a participar en los asuntos públicos corresponde a los ciudadanos y no a los partidos, por lo que la permanencia en el cargo no puede depender de una voluntad ajena a la de los propios ciudadanos, lo que lleva al Tribunal no solo a otorgar el amparo en el caso concreto, sino a declarar la derogación del artículo 11.7 de la ley en virtud del artículo 23 de la Constitución.

Se sientan con ella las bases doctrinales del tratamiento del tema en la Constitución Española, o si se quiere expresar de esa forma, de la consolidación constitucional del derecho al transfuguismo en nuestro país. Es cierto, sin embargo, que se hace, como señala el voto particular que subscriben los magistrados Ángel Latorre y Luis Díaz Picazo, zanjando

⁴ Véase, sobre este planteamiento, García Roca, Javier, “Representación política y transfuguismo: la libertad de mandato”, en Santolaya, Pablo y Corona, Jesús (dir.), *Transfuguismo político...*, cit., pp. 39 y ss. Véase también la monografía de Tomás Maillén, Beatriz, *Transfuguismo parlamentario y democracia de partidos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

“de forma un tanto expeditiva problemas muy delicados relativos a la representación política en las democracias actuales”

Apenas unos días más tarde, el 21 de febrero del mismo año, el Tribunal tiene la ocasión de volverse a enfrentar al tema en la STC 19/1983, en esta ocasión en una ponencia redactada por el magistrado Rubio Llorente, en la que se establece que (F.J. 4º):

Al otorgar al partido la facultad de privar al representante de su condición cuando lo expulsa... el precepto infringe... de manera absolutamente frontal el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de representantes. Una vez elegidos, los representantes no lo son de quienes los votaron, sino de todo el cuerpo electoral, y titulares, por tanto, de una función pública a la que no pueden poner término decisiones de entidades que no son órganos del Estado... su permanencia en el cargo no (puede quedar) subordinada a ningún poder que no emane también de la voluntad popular.

Doctrina que se ha consolidado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional,⁵ quizá no tanto por considerar que se trata de la mejor posible, en cuanto que hasta sus más sólidos defensores son conscientes de algunas de sus indeseadas consecuencias,⁶ sino sobre todo porque, como señaló Rubio Llorente en un lúcido artículo publicado unos años después en el diario *El País*, comentando un fenómeno de transfuguismo que había escandalizado a la opinión pública española, la alternativa, es decir el reconocimiento del mandato imperativo con relación a los partidos políticos es aún peor.⁷

⁵ Véase, por ejemplo, las SSTC 169/2009, del 9 de julio y 298/2006, de 23 de octubre. Un estudio doctrinal de la jurisprudencia en Encarna Carmona Cuenca. “La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de transfuguismo político”, *Transfuguismo político...*, cit., pp. 546 y ss.

⁶ Las críticas comenzaron, una vez más, por el voto particular a la mencionada sentencia, en el que, en esta ocasión tres magistrados razonan sobre la importancia de los partidos políticos en las democracias actuales como instrumentos fundamentales para la participación política, en términos del artículo 6o. de la Constitución Española, que hubiera debido llevar, en su opinión a no declarar inconstitucional el precepto de la ley de elecciones locales que preveía la pérdida del mandato representativo local como consecuencia de la expulsión del partido. Véase, entre la doctrina, Blanco, Roberto, *Los partidos políticos*, Madrid, Tecnos, 1990, y Bastida, Francisco, “Derechos de participación a través de representantes y función constitucional de los partidos políticos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 21, 1987, pp. 209 y ss.

⁷ Rubio Llorente, Francisco, “Los transfugas no son tan malos”, *El País*, 6 de octubre de 1993, http://www.elpais.com/articulo/opinion/ESPANA/PARTIDO_POPULAR/P/P/PARTIDO_SOCIALISTA_OBRERO_ESPANOL/PSOE/transfugas/malos/elpepiopi/19931006elpepiopi_11/Tes.

Y éste es también el punto de vista adecuado para abordar el análisis del fenómeno del transfuguismo, el que sin ser en absoluto deseable, se trata, sin embargo, de un mal menor, inevitable en la concepción de la democracia representativa, y ello no solo por un problema teórico de incompatibilidad entre remoción libre y mandato representativo, sino, sobre todo, porque no parecen existir experiencias lo suficientemente positivas y lo suficientemente significativas de otras formas más adecuadas de entender el mandato parlamentario.⁸

En efecto, un estudio de derecho comparado muestra que, entre los países democráticamente homologados solo Portugal, si bien de forma parcial como veremos, y Brasil a través de la interpretación pretoriana, afirman el mandato imperativo.

Así el artículo 160.1.c. de la Constitución portuguesa establece como una de las causas de la pérdida del mandato de los diputados... afiliarse a un partido político diferente a aquel por el que se presentó a las elecciones, aunque en el supuesto de expulsión de un partido podrá continuar en la Cámara como diputado independiente. A pesar del carácter parcial de esta limitación parece haber resultado eficaz para limitar muy considerablemente el alcance del transfuguismo en el país luso.⁹

De mayor interés resulta la experiencia brasileña, un país particularmente afectado por el transfuguismo, en el que se calcula que aproximadamente el 30% de los diputados cambiaban de partido durante su mandato parlamentario.¹⁰ Probablemente esta extensión del problema haya sido decisiva a la hora de que su Supremo Tribunal Federal, en sentencia de 4 de octubre de 2007, adoptara lo que parece ser una decisión sin parangón en derecho comparado, argumentando que existe un doble vínculo en el mandato político, el que se genera entre el partido y el electo y el existente entre los ciudadanos y los representantes, y que el transfuguismo genera la ruptura de ambos en un sistema proporcional, de manera que los partidos tienen derecho a conservar el número de escaños asignados por los electores, excepto en algunos supuestos, como por ejemplo un cambio sustantivo en la orientación programática del partido. Unos días más tarde, el 16 de octubre de 2007, el Tribunal Supremo Electoral extendió el mismo criterio a los cargos mayoritarios, y el 25 del mismo

⁸ Véase, sobre ese planteamiento, Santolaya, Pablo y Corona, Jesús, “Estudios introductorio”, *Transfuguismo político...*, cit., pp. 27.

⁹ Alegría Antonio, Magdaleno, “El transfuguismo parlamentario en Portugal”, en *Transfuguismo político...*, cit., pp. 161 y ss.

¹⁰ Véase Delgado Guembes, César, “Fragilidad partidaria y racionalidad del transfuguismo en latinoamérica”, *Transfuguismo político...*, cit., especialmente pp. 207 y ss.

mes estableció el procedimiento de pérdida de los mandatos en casos de abandono del partido.¹¹

Dejando al margen esa polémica, lo que parece claro, es que, en cualquier caso, es una exigencia ontológica del concepto de transfuguismo que estamos construyendo, que éste solo puede surgir “tras haber sido elegido por los electores” como atinadamente subraya la definición de Wikipedia. Tránsfuga es un calificativo que solo puede hacer referencia a la ruptura de una relación de representación entre electores y cargos públicos representativos, y en ningún caso dónde ésta no existe.

Dicho de otra manera, un cambio ideológico de un político consistente en concurrir a unas futuras elecciones en un partido político diferente al que tradicionalmente militaba puede merecer el juicio moral que se considere oportuno a las circunstancias del caso, pero no puede ser en absoluto sancionable, salvo que consideremos que los partidos tienen una suerte de derecho de retención sobre sus militantes más cualificados, al modo al parecer habitual en los grandes clubs de fútbol, de manera que una vez que son presentados como candidatos a un cargo público en sus listas no pueden volver a concurrir en ningún otra.

Nuestro sistema representativo, nuestro derecho fundamental de participación en los asuntos públicos y nuestra libertad ideológica impiden compartir esa conclusión. Por el contrario cada proceso electoral, decíamos antes, es, en realidad, la organización institucionalizada del cambio ideológico de los ciudadanos. Si esta es la condición esencial de nuestro sistema democrático no acierto a entender qué tipo de razones nos pueden llevar a negar el mismo derecho a los candidatos.

Creo, en consecuencia, que en forma alguna podemos denominar tránsfuga a quien es elegido sucesivamente en listas de diferentes partidos. Su acción, si merece algún reproche, ha sido sustancialmente sanada por los propios electores que le vuelven a elegir ahora en otra formación política. El transfuguismo es una traición a los electores, no a los partidos políticos. Con toda rotundidad creo que no es constitucionalmente posible en un sistema basado en la democracia representativa, adoptar medida alguna que impida la concurrencia a un proceso electoral a una persona por haberlo hecho con anterioridad a otro proceso en otra lista.¹²

¹¹ Véase, sobre esta materia, Moreira Mavés, Antonio, “La titularidad de los mandatos parlamentarios en la nueva jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal”, *Revista de la Red de Expertos iberoamericanos en Parlamentos*, núm. 2, 1er. semestre de 2008, en http://www.senado.gov.ar/web/cecap/temas/REL_PARLAMENTOS_1S08.pdf.

¹² Punto de vista que parece haber sido el adoptado por la Suprema Corte Mexicana que su sentencia de 5 de noviembre de 2007 declaró inconstitucional la ley de un

Jurídicamente no existen candidatos tránsfugas, éste es un adjetivo que solo puede ser predicado para quien ha alcanzado el cargo público representativo. Sin elección no hay mandato representativo ni puede haber, en ningún caso, tracción de la representación.

Nuestro común diccionario de la RAE así lo señala de forma terminante al afirmar que se trata de “una persona con un cargo público...” alguien ya legitimado con el mandato popular, no quien aspira a serlo.

Pero si admitimos esta premisa lógica, deberíamos de tener especial cuidado a la hora de utilizar un mismo concepto para definir situaciones radicalmente distintas. Sin embargo, eso es precisamente lo que, al parecer, está sucediendo en la doctrina mexicana, sin que en mi opinión el problema cambie sustancialmente al adjetivarlo el transfuguismo, según los casos, como “político” o “electoral”.¹³ Una vez más debo insistir en los traidores que pueden resultar los “falsos amigos”.

V. EL OBJETIVO: OTORGAR EL PODER. PARLAMENTARISMO VS. PRESIDENCIALISMO... UNA VEZ MÁS

Pero aún no hemos terminado con nuestra definición. Se hace preciso analizar a continuación otro de sus elementos, el referente al objetivo de esta conducta, el hecho de que, al menos de las manifestaciones más trascendentes, se producen “a fin de dar el poder a un partido de la oposición” objetivo que es logrado en ocasiones.

Y es que, sin ninguna duda, el transfuguismo político adquiere auténtica relevancia en la medida en que implique o impida un cambio en el poder en el correspondiente ámbito territorial de gobierno. No tiene en absoluto la misma trascendencia que un parlamentario o un grupo de parlamentarios cambien de bancada a que ese cambio produzca una alternancia no electoral en el gobierno de la nación. No estoy diciendo que si no hay cambio de gobierno no pueda ni siquiera conceptualmente existir el transfuguismo, no es en absoluto así, pero sí recalcando el dato de que el fenómeno adquiere una importancia no solo cuantitativa, sino muy probablemente cualitativa cuando conlleva la alternancia en el gobierno.

Estado que impedía la presentación como candidatos en otras listas de los que hubieran abandonado un partido durante un periodo de dos años.

¹³ Ríos Vega, Luis Efrén, “El transfuguismo electoral. Un debate constitucional en México”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 21, julio-diciembre de 2009, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/const/cont/21/ard/ard9.htm>.

Ahora bien que la voluntad del tránsfuga sea susceptible de originar un cambio en el gobierno del municipio, en una presidencia provincial o regional, o en última instancia en la del conjunto del país, es algo que solo es ontológicamente posible en los sistemas parlamentarios, en los que la relación fiduciaria que se crea entre la cámara representativa y el respectivo ejecutivo nace con la investidura, se pone a prueba con la moción de censura o la cuestión de confianza y termina con la disolución. Donde, por el contrario, el ejecutivo tiene su propia fuente de legitimidad en su elección popular directa, el transfuguismo no será susceptible de provocar tan radical efecto.

No estoy además, y quizá convenga aclarar este extremo, hablando de una posibilidad meramente teórica. Por el contrario, son cientos los ayuntamientos y al menos algunos los gobiernos regionales españoles que han sufrido ese dramático cambio como consecuencia de la acción de los tránsfugas.

En efecto, aunque el transfuguismo no ha originado hasta el momento un cambio del gobierno a nivel nacional en España, han sido muchos los Parlamentos de las Comunidades Autónomas afectados. Entre otros sonados casos se puede hacer referencia a la actitud de dos diputados elegidos en las listas del Partido Socialista Obrero Español en la Comunidad de Madrid que, en las elecciones de 2003, impidieron la constitución de un gobierno socialista en la región ausentándose de la sesión en la que el Parlamento debía investirlo, y forzando la disolución de la Cámara, pero también lo ocurrido en el Parlamento gallego en 1987, cuando un grupo de diputados abandonaron el Partido Popular y apoyaron una moción de censura invistiendo un gobierno socialista, o en 1993 en el Parlamento de Aragón, consecuencia del abandono de un solo diputado de la disciplina de su grupo. O inmersos ya plenamente en el realismo mágico, lo sucedido en el Parlamento de Asturias en 1999 cuando el que abandonó el Partido Popular fue el propio presidente de la región, sin que el Parlamento consiguiera aprobar una moción de censura, dado que la oposición socialista lo apoyó como presidente regional “tránsfuga” frente a su propio grupo.¹⁴

Insisto en que no estoy diciendo con ello que debamos reservar el término a su utilización en sistemas parlamentarios; tan solo de que se trata, en cuanto a sus efectos potenciales, de dos realidades muy diferentes cuando se manifiestan en un sistema parlamentario a cuando lo hace en

¹⁴ Para un estudio detallado de todos estos casos véase Santolaya, Pablo y Corona, Jesús, *Transfuguismo político...*, cit., que contiene un análisis específico de cada uno de los parlamentos regionales.

un sistema presidencial,¹⁵ pero, también considero que esa diferencia nos debe hacer cuestionarnos muy seriamente si podemos traspasar medidas jurídicas antitransfuguismo de un modelo al otro.

VI. LOS MOTIVOS (NORMALMENTE INCONFESABLES) DEL TRANSFUGUISMO

Pero volvamos a nuestra enciclopedia, porque ahora nos invita a interrogarnos por los motivos o móviles de esa conducta cuando constata que “normalmente tiene lugar por motivos ilegales, inconfesables y socialmente inaceptables más que motivos ideológicos”.

En efecto, creo que podemos estar de acuerdo que, tanto en España como en México, la mayor parte de los tránsfugas no son precisamente mártires de su coherencia ideológica y de su libertad de conciencia...

Lo que, sin embargo, no nos evita la necesidad de distinguir entre tránsfugas ya que no toda ruptura de la disciplina de un grupo político merece un reproche ético o social y menos aún una sanción jurídica en términos tan drásticos como la pérdida de la representación.

Y es que, en efecto, como analiza Francisco Vanaclocha,¹⁶ dentro de estos fenómenos caben conductas muy diferentes, desde la actitud de quien mantiene su coherencia abandonando un partido en descomposición a quien vende su escaño al mejor postor en una operación en el mejor de los casos mercantil, cuando no inmersa en el código penal.

Por ello tenemos que ser capaces, con todas las cautelas necesarias, y por el bien de nuestro propio sistema representativo de introducir medidas constitucionalmente adecuadas, plasmadas en reformas legales y acuerdos político, que eviten al menos los fenómenos más patológicos del transfuguismo.

¹⁵ Así lo reconocen los principales autores que han analizado el transfuguismo en los sistemas presidenciales. Véase Ríos, Luis Efrén, “El transfuguismo electoral en el sistema presidencial mexicano”, *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, Tercera época, vol. 1, núm 3. 2009, pp. 75 y ss., en http://www.te.gob.mx/documentacion/publicaciones/Justicia_electoral/justicia_3a_e_n3.pdf.

¹⁶ Véase Vanaclocha, Francisco, *Entre lo sublime y lo maldito*, cit. Véase también sobre la percepción social del fenómeno, Vanaclocha, Francisco y Lozano Rodríguez, Javier, “La percepción del transfugusismo entre los ciudadanos españoles”, en *Transfugismo político...*, cit., pp. 575 y ss.

Con ello lleguemos al último de los aspectos de nuestra definición; la constatación, con sabio realismo, de que estas conductas son muy difíciles de impedir desde el punto de vista legal

VII. LA DIFICULTAD DE ENCONTRAR SOLUCIONES EFICACES Y CONSTITUCIONALMENTE ADECUADAS

1. *Medidas adecuadas pero no eficaces; revocatoria y acuerdos políticos*

Analizaremos en primer lugar dos medidas que no plantean problemas desde el punto de vista de la teoría de la representación pero que no parecen solucionar, al menos en grado suficiente, los problemas apuntados; la revocatoria y los acuerdos entre partidos políticos.

La primera de ellas, es la utilización de mecanismos de revocación o recall por los propios ciudadanos. Dejemos que sean los electores los que castiguen a los tráfugas, creando para ello procedimientos viables que puedan ser utilizados en el periodo existente entre dos convocatorias electorales.

Esta parece ser la vía elegida por muchas de las nuevas Constituciones iberoamericanas, que quizá no merezcan todavía un juicio definitivo en cuanto a su funcionamiento, dado lo reciente de las reformas, pero cuyos resultados parecen apuntar de forma terminante a la inexistencia de experiencias positivas en la materia,¹⁷ salvo que entendamos que el auténtico pronunciamiento por parte de los ciudadanos se produce con ocasión de la celebración de las siguientes elecciones, en cuyo caso, al menos en España, donde por cierto no hay rastro alguno de revocatoria, los electores parecen haber actuado con una extraordinaria coherencia a la hora de no elegir tráfugas bajo otras siglas políticas.

¹⁷ En el seno del Máster de “Derecho Parlamentario, Elecciones y Estudios Legislativos” organizado en el Instituto de Derecho Parlamentario de la Universidad Complutense, dirigido por el profesor Javier García Roca, se han presentado en los dos últimos años dos trabajos de fin de máster que parecen apuntar en esa dirección, se trata del realizado por Elenín Cruzado Medina sobre “La revocatoria popular del cargo público representativo” (tutor: Javier García Roca) en el curso 2009-2010, y el de Mauro Andino Espinosa, “La revocatoria de mandato a las autoridades de elección popular en Ecuador: ¿institución constitucional de democracia directa o herramienta desestabilizadora de la democracia representativa?” (tutor: Pablo Santolaya) en el curso 2010-2011. La información sobre las actividades del Instituto de Derecho Parlamentario en <http://www.ucm.es/info/idp/quisomos-objetivos.php>.

La segunda de las alternativas es la vía de los acuerdos entre las fuerzas políticas para no admitir apoyo de los tránsfugas, y consecuentemente no premiar de ninguna manera este tipo de conductas. Es evidente que si ese acuerdo existiese y fuera realmente eficaz se lograría un eficaz freno al transfuguismo. También lo es que es irreprochable desde el punto de vista de la prohibición del mandato imperativo, y que puede constituir un no desdeñable instrumento de regeneración de la vida política y partidista.

En España existe ese Pacto, suscrito por todos los partidos políticos parlamentarios y que se ocupa de los casos de transfuguismo en las corporaciones locales. Los Acuerdos se suscribieron el 7 de julio de 1998 y se ampliaron el 26 de septiembre de 2000 y el 23 de mayo de 2006. Previén la creación de una Comisión de Seguimiento, en la que están representados todos los partidos parlamentarios, que tiene la facultad de declarar “oficialmente” la condición de tránsfuga, lo que conlleva el compromiso político de los partidos de no utilizar sus votos durante su mandato ni incluirlos en las listas para próximas convocatorias. Tiene su sede en el Ministerio de Política Territorial y Administración Pública. Su trabajo se apoya en los dictámenes que elabora una Comisión de expertos. Ha realizado un total de 23 reuniones entre septiembre de 2000, y diciembre de 2010.¹⁸

El juicio global de este mecanismo es, en mi opinión, por lo menos ambiguo, parece haber contribuido a solucionar un número no desdeñable de asuntos menores, pero creo que ha sido incapaz de solucionar los auténticamente importantes.¹⁹ Por otra parte es notable la escasa atención académica que ha merecido el funcionamiento de ese órgano. Probablemente lo único que en este momento se pueda señalar con un cierto rigor es que se trata de un modelo a estudiar, profundizar y, probablemente, imitar. Pero no nos engañemos, no es, en modo alguno, ni probablemente pretenda serlo, una panacea al problema que estamos planteando, pero

¹⁸ La información ha sido obtenida de: http://www.mpt.gob.es/es/areas/politica_local/cooperacion_local/organos_de_cooperacion/comision_de_seguimiento_del_pacto_antitransfuguismo/comision_de_seguimiento_del_pacto_antitransfuguismo.html.

¹⁹ La no reunión de la Comisión a partir de diciembre de 2010 parece deberse, al menos inicialmente, a la incapacidad de los dos principales partidos políticos a ponerse de acuerdo en un caso local de alcance nacional, la Alcaldía de Benidorm, conseguida por el PSOE con el apoyo de tránsfugas del PP. La relevancia del tema se debía, también, al hecho de que una de las personas implicadas era la madre de una Ministra del Gobierno de Rodríguez Zapatero que era, en el momento de los hechos, secretaria de organización del PSOE. La consecuencia de este asunto parece haber sido la paralización del Pacto durante casi tres años.

quizá pueda, al menos, servir para evitar los casos más patentemente escandalosos de corruptelas locales en los que ni siquiera las direcciones nacionales de los propios partidos están interesados.

2. Medidas eficaces pero... La limitación de las potestades de los tránsfugas como cargos representativos

Y entramos con ello en el campo, mucho más delicado, de las medidas legales que es posible adoptar en este campo sin vulnerar la prohibición del mandato imperativo, y que por tanto no pueden ir destinadas a hacer perder al tránsfuga su condición de cargo público, pero sí a debilitar su posición institucional en el seno de las instituciones representativas.

En este sentido debemos, en primer lugar, hacer referencia a las medidas adoptadas en el ordenamiento jurídico español destinadas a evitar que el tránsfuga pueda utilizar su voto para provocar un cambio de gobierno, lo que recordamos, solo es posible en el sistema parlamentario.

Para empezar conviene recordar que la posibilidad de que los concejales pudieran interponer una moción de censura contra sus respectivos alcaldes, es una potestad creada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. No existía en la regulación legal anterior a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, cuyo texto original es de 1985.

Su origen hay que localizarlo en la STC 5/1983, a la que ya nos hemos referido con anterioridad, en la que se afirma que si bien los concejales electos tienen derecho a permanecer como tales todo su mandato, sin embargo este derecho no se predica del cargo de alcalde, que es elegido por los concejales, abriendo el camino a la presentación de mociones de censura contra los alcaldes al no cubrir el artículo 23 de la Constitución su permanencia en el mismo.

Esta interpretación fue confirmada por el ATC del 11 de enero de 1984, de manera que en el momento que se aprobó el artículo 197 de la LOREG que lo estableció por primera vez en una norma legal, la cuestión estaba resuelta en el terreno de los principios, en cuanto las corporaciones locales respondían al mismo modelo “parlamentario” del conjunto del Estado, aunque no existía un claro procedimiento para hacer valer ese derecho, lo que había dado lugar a una pluralidad de pronunciamientos judiciales.²⁰

²⁰ Véase sobre este planteamiento Santolaya, Pablo, “Nota en torno a la posibilidad de cese de los Alcaldes mediante la aprobación de una Moción de censura”, *Revista de Administración Pública*, 108, septiembre-diciembre de 1985, pp. 255 y ss.

Y a partir de entonces la crónica normativa en España ha consistido en un constante intento de reforzar la figura del alcalde, dificultando, cada vez más, la presentación y aprobación de mociones de censura, en búsqueda de la garantía de la estabilidad del gobierno municipal frente al transfuguismo. Sin embargo, y como ya he descrito en otra ocasión, este proceso ha sido, en buena medida, la crónica de un fracaso anunciado, en cuanto no ha soportado la criba de las decisiones judiciales dictadas desde la óptica de las facultades que el artículo 23 de la CE otorga a cada uno de los concejales, entre las que, en un sistema parlamentario, una de las esenciales resulta ser precisamente el ejercicio de funciones relativas a la función fiduciaria.

Así ha sucedido, al menos, con la pretensión de la Disposición Transitoria Tercera de la LOREG en su texto de 1985, con la reforma del artículo 197 de la LOREG en la Ley Orgánica 8/1991, de 13 de marzo, y con su nueva reforma por la Ley Orgánica 8/1999, de 21 de abril.²¹

La última de las reformas se ha producido con la aprobación de la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero que tiene su origen en una Proposición de ley presentada por los Grupos Parlamentarios Socialista, Popular, Catalán y Vasco, es decir una mayoría tan absolutamente cualificada del Parlamento español que hubieran podido reformar ese aspecto en la propia Constitución y que vuelve a endurecer los requisitos de presentación de una moción de censura.

Para ello establece que en el caso de que alguno de sus proponentes forme o haya formado parte del grupo político al que pertenezca el alcalde o haya dejado de pertenecer al que se adscribieron al inicio de su mandato, la mayoría absoluta del número legal de miembros de la corporación precisos para presentarla se aumentará en tantos concejales como los que se encuentren en esas circunstancias. Lo que significa, en la práctica, que los tránsfugas dejan de ser útiles a efectos de presentación y aprobación de una moción de censura.

Sobre la eficacia práctica de esta medida creo que cabe poco lugar a dudas, en cuanto que impide o dificulta de manera extraordinaria una de sus manifestaciones de mayor trascendencia, el cambio de la mayoría de gobierno de una institución.

Sobre la proporcionalidad de esa medida, su compatibilidad con las funciones de los cargos representativos que no pueden ser limitadas por

²¹ Véase, sobre ese recorrido normativo, Santolaya, Pablo, “Crónica de un fracaso jurídico (y político); La moción de censura de los Alcaldes”, en Morodo, Raúl y Vega Pedro de (dirs.) *Estudios de teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, México-Madrid Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, t. IV, pp. 2801 y ss.

corresponder al núcleo mismo de la representación, y sobre todo sobre lo que el Tribunal Constitucional pueda decidir en el supuesto de que el caso le sea planteado, lamento tener que expresar alguna duda, modificando, o al menos matizando profundamente mi primer pronunciamiento en la materia, realizado todavía al hilo del estudio de la proposición de Ley, y quizás un tanto precipitado.²² Se trata, en cualquier caso de un aspecto criticado por la doctrina.²³ Pero sobre el cual no se ha producido, hasta donde tengo conocimiento, jurisprudencia alguna.

En cualquier caso la solución de este problema debe ser razonada en los términos de otras iniciativas, presentes en España y en otros ordenamientos, que tratan de debilitar la posición institucional de los tránsfugas en todo aquello que no afecte a la esencia de su mandato representativo.

En efecto, el ordenamiento jurídico español ha recorrido con un cierto éxito la senda de tratar de evitar, al menos, que los tránsfugas se beneficien en términos económicos y/o de sus posibilidades de intervención en los órganos representativos de sus condiciones de tales, de manera que no puedan constituir un grupo político propio en el seno del órgano representativo, sino que pasen a ser diputados o concejales no adscritos.²⁴

La idea central de esta figura consiste en afirmar que los cargos públicos representativos que inciden en conductas de transfuguismo deben poder conservar, en virtud de la prohibición del mandato imperativo, la totalidad de las funciones que les corresponden en su condición de representantes individuales, pero que, por el contrario, no hay porqué otorgarles el ejercicio de todas aquellas facultades que corresponden a los grupos políticos en su condición de tales, y, desde luego, no todas las ventajas en términos materiales con el que solemos dotarles.

²² Véase Santolaya, Pablo, “Estudio introductorio al Informe de la Subcomisión creada en el Seno de la Comisión Constitucional sobre las posibles modificaciones del Régimen Electoral General de 28 de junio de 2010”, *Cuadernos de Derecho Público*, 36/2009, pp. 221 y ss.

²³ Véase, sobre todo el trabajo de Juan Carlos Gavara de Cara en el libro de Chueca, Ricardo *et al.*, *La reforma de la Ley orgánica del régimen electoral general*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. Es también muy crítico con este —y otros— aspectos de la reforma Torres del Moral, Antonio, “Réquien por el mandato representativo”, *Revista de Derecho Político de la UNED*, núm. 81, mayo-agosto de 2011, pp. 13 y ss.

²⁴ La figura aparece por primera vez en el Reglamento del Parlamento de Andalucía en el año 2003 y se ha extendido en España a la mayor parte de las Asambleas regionales, a las Diputaciones Provinciales y a los Ayuntamientos. No existe todavía en el Parlamento nacional, en parte por la progresiva inadecuación de los Reglamentos del Congreso y el Senado, redactados al principio de la transición, y también por el dato innegable de que el transfuguismo ha tenido mucha menos trascendencia en nuestro parlamento nacional que a otros niveles territoriales.

Sin embargo la aplicación en la práctica de esta distinción dista de ser sencilla en la medida en que no siempre es posible discernir si la facultad en cuestión le es atribuida al cargo público en su condición individual o como miembro de un grupo político en la Asamblea. Además los cargos públicos representativos tienen que poder ejercerse en condiciones de igualdad, es un derecho de acceso y permanencia de los cargos públicos en condiciones de igualdad, como afirma el artículo 23.1 de la Constitución Española, de manera que la diferencia de estatus entre un parlamentario que pertenece a un grupo político y otro que no puede hacerlo por su condición de transfuga no puede ser radical y ha de estar sometida, en cada caso, a un estricto control de proporcionalidad, en el que nos preguntemos si la diferencia está prevista en la norma, si responde a una finalidad legítima, si es útil, si no existe una alternativa menos gravosa y en definitiva, si es proporcional en sentido estricto, es decir si la sociedad en su conjunto es más democrática como consecuencia de la restricción de derechos de ese transfuga que beneficia al conjunto de la representación política.

Labor que evidentemente compete a la justicia constitucional, sea cual sea el modelo concreto que se adopte. Las restricciones en el estatus de nuestros representantes deben estar sometidas a un control, porque no deben afectar “al núcleo de su función representativa parlamentaria”.

Y en ocasiones la persecución de conductas relacionadas con el transfuguismo desborda ese límite. En ese sentido resulta particularmente interesante la STC 169/2009 del 9 de julio que realiza una notable labor de disección entre lo que es y lo que no es posible, entre limitaciones “adecuadas, necesarias y proporcionadas” y aquellas que no lo son.

De manera que “la pérdida de la posibilidad de desarrollar su actividad en régimen de dedicación exclusiva, así como los beneficios económicos y la infraestructura asociada al grupo son limitaciones que, con carácter general no pueden considerarse lesivas” o “privarles de su participación en la Junta de Portavoces... en cuanto no ejerce competencias decisorias de ninguna clase, ni la participación en ella resulta determinante...del desarrollo de las funciones que pertenecen al núcleo de la función representativa”.

Y sin embargo merece un pronunciamiento radicalmente distinto limitar su participación en las Comisiones informativas a hacerlo “con voz pero sin voto”, aspecto en el que reconoce que se ha vulnerado su derecho a la participación política en condiciones de igualdad.²⁵

²⁵ La doctrina establecida en esta Sentencia ha sido posteriormente aplicada en una larguísima serie de decisiones del Tribunal Constitucional, todas ellas referentes a los con-

3. *El control de los excesos; la necesidad de superar la doctrina de los interna corporis acta*

Y llegamos con ello al último elemento de esta reflexión. En otro trabajo en el que, a instancia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, tuve que redactar desde una óptica comparada entre México y España entonces con relación al ejercicio de los Cargos Públicos representativos²⁶ tuve ocasión de analizar la extraordinaria amplitud con la que el Tribunal Constitucional español había superado la tradicional doctrina de los *interna corporis acta* y la variada gama de actos parlamentarios que habían sido sometidos a su control, frente a lo que parecía una realidad al menos parcialmente diferente en el ordenamiento mexicano, en líneas generales muy atento al control de todos los problemas electorales, incluso intrapartidistas, pero que no parecía mostrar el mismo alcance con relación al control de los actos parlamentarios.

Sin embargo considero que es absolutamente imprescindible para que las limitaciones del estatus parlamentario derivadas de la persecución del transfuguismo no puedan derivar en un tratamiento discriminatorio de las minorías, garantizar su efectivo control judicial.

Dicho de otra forma el avance significativo en este campo requiere la certeza del control de las medidas que se adopten frente a un tráfuga que conserva su escaño. No estoy seguro que México haya avanzado lo suficiente en la superación de la doctrina de los *interna corporis acta* para trasladar, sin más, alguna de las experiencias españolas. También en este aspecto es posible, al fin y al cabo, que nos encontremos ante un “falso amigo”.

cejales no adscritos del Ayuntamiento de Majadahonda (Madrid) que se inicia en la STC 20/2011, de 19 de marzo y que concluye, hasta la fecha —1 de noviembre 2011— en la STC 121/2011., de 18 de julio. También el Tribunal Constitucional Alemán entendió en el caso Wüppsahl, el 13 de junio de 1989 que impedir a un diputado tráfuga pertenecer a comisiones parlamentarias es contrario a la prohibición del mandato imperativo establecida en el artículo 38.1 de la Ley Fundamental de Bonn. Véase al respecto el estudio correspondiente a Alemania en el trabajo de Fernando Santaolalla, “El transfuguismo en algunos países europeos”, *Transfuguismo político...*, cit., pp. 130 y ss.

²⁶ Véase Santolaya, Pablo, “Algunas cuestiones del ejercicio de los cargos públicos en el ordenamiento mexicano. Una visión desde el derecho español”, Ponencia presentada al III Seminario Internacional del Observatorio Judicial Electoral. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México D.F., 6 al 8 de octubre de 2010, que se encuentra aún pendiente de publicación.

SOBERANÍA, GLOBALIZACIÓN Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

José Ma. SERNA DE LA GARZA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El principio de soberanía en la Constitución mexicana*. III. *Derecho público y el concepto de soberanía*. IV. *La apertura del sistema jurídico mexicano a regímenes internacionales*. V. *Principios fundamentales y regímenes internacionales*. VI. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN¹

La globalización y la llamada gobernanza global están teniendo un impacto en el derecho público de los Estados nacionales. Principios constitucionales relativos a la soberanía, protección de derechos humanos, federalismo, entre otros, comienzan a tener una dinámica que obedece no solo a impulsos externos, sino a fenómenos y procesos identificadas con la globalización.²

Lo dicho en el párrafo anterior bien puede aplicarse al Estado mexicano, mismo que en las últimas dos décadas se ha abierto hacia regímenes internacionales diversos.³ A su vez, la mencionada apertura ha comenzado a generar cruces o intersecciones entre esos regímenes y el derecho interno. En particular, destacan las intersecciones que impactan a principios fundamentales contenidos en la Constitución mexicana de 1917.

¹ El presente ensayo forma parte de un trabajo más amplio, elaborado en el marco de un proyecto conjunto con el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, que deberá ser publicado en el segundo semestre de 2014.

² Este es el punto de partida de mi trabajo titulado *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, UNAM, 2012, p. 1.

³ El examen de cuáles son esos regímenes es el núcleo principal del presente ensayo, como se verá más adelante.

Estos fenómenos representan un quiebre con el principio de soberanía como se le ha entendido a lo largo de décadas. Ya no se puede aceptar sin más la idea de que el poder soberano se expresa en el momento constituyente, produciendo así un instrumento esencialmente nacional, cuya fuerza como norma superior deriva de un pacto inicial y continuado de un pueblo que evoluciona orgánicamente a lo largo del tiempo, en respuesta a las percepciones nacionales, a las necesidades nacionales y a los valores nacionales.⁴ Por ello es que algunos autores hablan de la “erosión” de la soberanía.⁵ Y otros hablan de una “transfiguración” del Estado-nación soberano.⁶

La apertura del Estado mexicano a regímenes internacionales diversos, tal y como se expresa en las intersecciones entre esos regímenes y principios constitucionales básicos, nos lleva a preguntarnos cómo debiéramos entender las estructuras fundamentales del derecho público en el México de hoy. El presente ensayo representa un esfuerzo para dar una respuesta a esta interrogante.

En primer lugar, examinamos el principio de soberanía en la Constitución mexicana de 1917, como articulador del Estado y del poder en México, y más específicamente, como el fundamento del sistema democrático y del sistema federal. En segundo lugar, examinamos varias de las principales construcciones doctrinales creadas para dar un fundamento al derecho público mexicano (constitucional y administrativo). En este apartado, veremos cómo todas ellas encuentran tal fundamento en el principio de soberanía. En tercer lugar, haremos una breve mención de los regímenes internacionales a los que México se ha abierto: el sistema interamericano de derechos humanos, los tratados de libre comercio (destacando en particular el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, TLCAN), y la influencia que ejercen distintas instituciones de la gobernanza global económico-financiera (Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, Banco Interamericano de Desarrollo, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico). Finalmente, esbozamos algunas conclusiones que en general versan sobre la necesidad de elaborar categorías descriptivas y normativas para entender y sistematizar lo que bien puede llamarse un “nuevo derecho público”.

⁴ Uso aquí una concepción formulada por Saunders, Cheryl, “Use and Misuse of Comparative Constitutional Law”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 13, núm. 1, 2006, p. 50.

⁵ Shue, H., “La erosión de la soberanía”, en MacMahan, J. y McKim, R. (coords.), *La moral del nacionalismo*, vol. 2, España, Gedisa, 2003, pp. 211-238.

⁶ Kaplan, Marcos, *Estado y Globalización*, México, UNAM, 2008, p. 411.

II. EL PRINCIPIO DE SOBERANÍA EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

El principio de soberanía en la trayectoria constitucional de México, sirvió para dotar de justificación e identidad al nuevo Estado surgido en 1821. Pero incluso desde antes de lograr la independencia de España, diversos textos constitucionales se refirieron a dicho principio como la base de todo el arreglo político-institucional, y como escudo contra cualquier intento de justificar posibles invasiones extranjeras. Tal es el caso, por ejemplo, de la Constitución de Apatzingán de 1814⁷ cuyo artículo 5o. dispuso que “la soberanía reside originariamente en el pueblo, y su ejercicio en la representación nacional compuesta de diputados elegidos por los ciudadanos bajo la forma que prescriba la constitución”. Asimismo, el artículo 11 de dicha Constitución estableció que las tres atribuciones de la soberanía son: “la facultad de dictar leyes, la facultad de hacerlas ejecutar y la facultad de aplicarlas a los casos particulares”. Finalmente, el artículo 9o. de la Constitución de 1814 dispuso que ninguna nación tiene el derecho “para impedir a otra el uso libre de su soberanía. El título de conquista no puede legítimar los actos de fuerza: el pueblo que lo intente debe ser obligado por las armas a respetar el derecho convencional de las naciones”.

No haremos en este espacio una reseña del principio de soberanía como ha sido consagrado en los distintos textos constitucionales que ha tenido México.⁸ Nos limitaremos a señalar que la Constitución mexicana vigente desde 1917 configura normativamente el concepto de soberanía en sus artículos 39, 40 y 41. En el artículo 39, se dispone que: “La *soberanía nacional* reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno”. En el artículo 40 se establece que “Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica, federal, compuesta de Estados libres y *soberanos* en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental”. Finalmente, en el artículo 41 se dispone que:

⁷ El nombre oficial es Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, de 22 de octubre de 1814. Esta Constitución fue expedida por el grupo insurgente en plena lucha, pero no tuvo eficacia más allá del terreno que este grupo pisaba; ello no obstante, se le considera como el primer intento de organización constitucional independiente.

⁸ Para un estudio de este tema ver Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, UNAM, México, 1979, pp. 162 y ss.

El pueblo ejerce su *soberanía* por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal.⁹

Como se puede ver, la concepción de soberanía en estos artículos se refiere al sustento democrático (soberanía popular) que legitima al Estado; a la vez que sirve de base para organizar el arreglo federal (los Estados son libres y soberanos en lo que atañe a su régimen interior).

Por otra parte, considero que puede hablarse de una especie de idea de “soberanía a la defensiva” que puede encontrarse en diversos artículos de la Constitución, y que en mi opinión tienen que ver con el pasado del país como colonia, los intentos de recaptura de la ex-colonia por parte de diversas potencias extranjeras, y el trauma de la pérdida de la mitad del territorio nacional ante Estados Unidos de América. Se trata de disposiciones como las siguientes:

- 1) La Cláusula Calvo contenida en el artículo 27 constitucional, cuya fracción I establece que el Estado podrá conceder a los extranjeros el derecho de adquirir el dominio de tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas, “siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar, por lo mismo, la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo”.

Esta disposición se identifica con la Doctrina Calvo, acuñada por el jurista argentino Carlos Calvo en el siglo XIX, que proponía dos principios básicos: el principio de no intervención entre los Estados; y el principio de estatus igual (y no especial o preferencial) para los inversionistas extranjeros. Su objetivo era evitar que los inversionistas extranjeros pasaran por encima de los tribunales nacionales del Estado anfitrión, invocando directamente la protección diplomática de sus gobiernos para resolver disputas relativas a sus inversiones y propiedades.

⁹ Énfasis añadido.

- 2) Existen límites en cuanto a la capacidad legal de los extranjeros para ser propietarios de bienes raíces dentro del territorio nacional. En este sentido, dispone el artículo 27 constitucional, fracción I, párrafo segundo: “En una franja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas”.
- 3) El artículo 32 de la Constitución establece que el ejercicio de los cargos y funciones para los cuales, por disposición de la propia Constitución, se requiera ser mexicano por nacimiento, se reserva a quienes tengan esa calidad y no adquieran otra nacionalidad; y dispone asimismo que esta reserva también será aplicable a los casos que así lo señalen otras leyes del Congreso de la Unión. En este sentido, establece el artículo 32 en su párrafo tercero que en tiempo de paz, ningún extranjero podrá servir en el Ejército, ni en las fuerzas de policía o seguridad pública, y que para pertenecer al activo del Ejército en tiempo de paz y al de la Armada o al de la Fuerza Aérea en todo momento, o desempeñar cualquier cargo o comisión en ellos, se requiere ser mexicano por nacimiento.

En suma, el principio de soberanía ha sido fundamental como articulador del Estado y del poder en México, desde el comienzo mismo de su historia como Estado independiente. Su formulación como principio fundamental no difiere de cómo puede encontrarse en la experiencia constitucional de otros países, pero tiene peculiaridades que se explican por la experiencia histórica de México. Además, este carácter fundamental puede observarse en las principales construcciones doctrinales del derecho público mexicano (en sus vertientes constitucional y administrativa), como se verá en la sección siguiente.

III. DERECHO PÚBLICO Y EL CONCEPTO DE SOBERANÍA

1. *Derecho constitucional*

A. *La soberanía según Felipe Tena Ramírez*

El libro clásico de derecho constitucional mexicano de Felipe Tena Ramírez inicia el capítulo I abordando el tema de la soberanía. Nos explica que para acercarse al concepto de Constitución, debemos tener en cuenta, pre-

viamente, el concepto de soberanía.¹⁰ De esta manera, trata la evolución histórica del concepto, su carácter polémico, y la problemática relativa a la determinación de quién es el titular de la soberanía y al ejercicio jurídico del poder soberano.¹¹

Tena vincula el principio de soberanía popular con el ejercicio del poder constituyente:

El pueblo, a su vez, titular originario de la soberanía, subsumió en la Constitución su propio poder soberano. Mientras la Constitución exista, ella vincula jurídicamente, no sólo a los órganos, sino también al poder que los creó. La potestad misma de alterar la Constitución (facultad latente de la soberanía), sólo cabe ejercerla por cauces jurídicos. La ruptura del orden constitucional es lo único que, en ciertos casos y bajo determinadas condiciones, permite que aflore en su estado originario la soberanía.¹²

A partir de lo anterior concluye, siguiendo a Kelsen, que la soberanía, una vez que el pueblo la ejerció, reside exclusivamente en la Constitución, y no en los órganos ni en los individuos que gobiernan.¹³ Además, al ser expresión de la soberanía, la Constitución es la norma suprema del ordenamiento, y en razón de ello es que está por encima de todas las leyes y de todas las autoridades: es la ley que rige las leyes y que autoriza a las autoridades. Esto es así porque es “emanación de la más alta fuente de autoridad”.¹⁴

Por otra parte, Tena aborda el tema de los límites del poder constituyente (y por implicación, del poder soberano). Así, identifica límites inmanentes (integrar un orden jurídico); limitaciones históricas (el reconocimiento de derechos fundamentales y la separación de poderes); limitaciones de carácter político (los factores reales de poder), y limitaciones de índole internacional (ve una tendencia a internacionalizar los derechos del hombre y el *jus belli*).¹⁵

¹⁰ Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 18a. ed., México, Porrúa, 1981, p. 3.

¹¹ *Ibidem*, p. 7.

¹² *Ibidem*, p. 11.

¹³ A Tena le preocupa dejar bien claro que ningún poder ni gobernante alguno es soberano, pues todos encuentran sus fronteras en la Constitución.

¹⁴ Para emplear una expresión de Tena: la soberanía popular se expresa y personifica en la Constitución. *Ibidem*, pp. 11 y 16.

¹⁵ *Ibidem*, p. 27.

De manera interesante, Tena observa en su libro, escrito en los años cuarenta del siglo XX, el inicio de una tendencia hacia la relativización del principio de soberanía, en su vertiente exterior, y nos dice lo siguiente:

La soberanía exterior, que había sido hasta hace poco un principio absoluto en la doctrina del Estado, ha empezado a ser enjuiciada a la luz de necesidades nuevas, de realidades que se imponen y de una conciencia social y política preparada por la primera Gran Guerra y vigorizada por la segunda. Toda limitación a la soberanía exterior tiene que repercutir inevitablemente en la autodeterminación interna.¹⁶

Para Tena, lo que denomina el “dogma de la soberanía del Estado” había conducido a la separación entre el derecho internacional y el derecho interno, ya que aquél no conoce ni regula sino las relaciones entre los Estados, sin que pueda intervenir en las de cada Estado con sus súbditos, materia esta última reservada al derecho interno. Pero a su vez, las dos guerras mundiales habían revelado que la paz era incompatible con el antiguo principio de la soberanía absoluta y, sobre todo, dio razón a quienes sostenían que la conservación de la tranquilidad internacional depende, más bien que de la palabra de los gobiernos, de una atmósfera social donde imperen la libertad, la cultura y el bienestar general.¹⁷

El referido autor observaba cómo después de la Segunda Guerra Mundial, la comunidad internacional había empezado a dar pasos decididos para la construcción de un sistema global de protección de derechos humanos. Y esto lo interpretó como un nuevo intento de la Humanidad para rescatar de la órbita del poder público la dignidad y la paz de la persona. Tena fue premonitorio al dar la siguiente visión del futuro (la versión original del libro de Tena data de 1944, y después tuvo 18 ediciones):

Los quebrantos que el derecho internacional ha producido en el concepto de soberanía, con miras a limitar a los Estados inclusive en su poder constituyente, están lejos todavía de extirpar a una doctrina de tan hondas raíces. Y aunque la partida será ganada, a lo que parece, por el derecho internacional, podemos asegurar que hasta estos momentos el derecho positivo no ha acogido norma alguna internacional como límite jurídico del órgano constituyente.¹⁸

¹⁶ *Ibidem*, p. 31.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 32 y 33.

¹⁸ *Ibidem*, p. 38.

Como se verá más adelante en el presente ensayo, esta última afirmación de Tena no es sostenible en la actualidad.

B. *La soberanía según Ignacio Burgoa*

Para Burgoa no es posible imaginarse al Estado, ni concebir su implicación o consistencia, sin los conceptos de “soberanía”, “poder constituyente” y “poder público”. Entre estos conceptos —afirma este autor— hay una “simbiosis intelectual”, y están lógicamente interrelacionados.¹⁹ Y esto lo explica de la siguiente manera:

Hemos aseverado que la nación o pueblo en sentido sociológico, como grupo humano real coherente, decide darse una organización jurídica y política, creando al Derecho que a su vez da vida al Estado como persona moral. La causación de estos efectos obedece a un poder, actividad o dinámica que tiene como fuente generatriz a la misma comunidad nacional. Mediante tal poder, la nación se autodetermina, es decir, se otorga una estructura jurídico-política que se expresa en el ordenamiento fundamental o Constitución. La *autodeterminación* obviamente excluye la injerencia de cualquier sujeto distinto de la nación que pudiese imponer a ésta dicha estructura, o sea, que el poder que tiende a esta finalidad no está sujeto a ninguna potestad extraña a la comunidad nacional ni tampoco a la de cualquier grupo que dentro de ella esté comprendido. Por ello se afirma que el propio poder es soberano, en cuanto que no está sometido interior o exteriormente a ningún otro.²⁰

De manera similar a Tena, Burgoa identifica el principio de soberanía popular con el poder constituyente: en cuanto que tiende a estructurar primaria y fundamentalmente al pueblo mediante la creación de una Constitución en su sentido jurídico-positivo, es decir, como un conjunto de normas básicas y supremas.²¹

Para Burgoa, la nación o pueblo, su poder soberano de autodeterminación o constituyente y el orden jurídico primario fundamental, concurren en una síntesis dialéctica para crear al Estado como institución pública suprema dotada de personalidad jurídica. El Estado tiene una finalidad genérica que se manifiesta en varios fines específicos sujetos

¹⁹ Burgoa, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, 13a. ed., México, Porrúa, 2000, p. 190.

²⁰ *Ibidem*, pp. 244 y 245.

²¹ *Ibidem*, pp. 248 y 249.

al tiempo y al espacio. Para conseguir tal finalidad, debe el Estado estar investido de poder. Esta actividad no es sino el poder público o poder estatal que se desenvuelve en las tres funciones clásicas y se ejercitan mediante múltiples actos de autoridad. Pero el poder no es soberano, sino que está limitado por el orden jurídico (por ello es que identifica *autodeterminación* con *autolimitación*).²²

C. La soberanía según Jorge Carpizo

Jorge Carpizo nos explica que la soberanía es la diferencia específica del Estado moderno. Es su característica principal y a veces su verdugo —afirma— por entregar al hombre a la opresión y a la tiranía, en lugar de ayudarlo en su lucha por conseguir la libertad.²³ Después de hacer un repaso de la idea de soberanía en connotados autores, desde Bodino y Rousseau hasta Jellinek, Kelsen y Heller (entre otros), y después de revisar el concepto de soberanía tal y como ha aparecido en los diversos documentos constitucionales que México tuvo a lo largo del siglo XIX, Carpizo nos da su interpretación del concepto de soberanía como se encuentra en los artículos 39, 40 y 41 de la Constitución mexicana de 1917.

De esta forma, al decir el artículo 39 que la soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo, se quiso señalar —nos dice Carpizo— que México, desde su independencia como pueblo libre, tiene una tradición que no encadena, sino que ayuda a encontrar a las generaciones presentes su peculiar modo de vivir. México es una unidad que a través de la historia se ha ido formando, y que como nación tiene una proyección hacia el futuro, sin olvidarse de su pasado y presente.²⁴

Para Carpizo, la soberanía es la base de todas la demás decisiones jurídico-políticas fundamentales contenidas en la Constitución. Y en el enunciado del artículo 40 que dice: “Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república representativa, democrática, federal...”, ve la idea de libertad como la idea motriz en el concepto de soberanía como está en la Constitución.²⁵

²² *Ibidem*, pp. 245, 256 y 257.

²³ Carpizo, Jorge, *La Constitución Mexicana de 1917*, México, UNAM, 1979, p. 162.

²⁴ *Ibidem*, p. 191.

²⁵ Carpizo sostiene que las decisiones jurídico-políticas fundamentales de la Constitución mexicana de 1917 son: los derechos humanos, la soberanía, la división de poderes, el sistema representativo, el sistema federal, la supremacía del Estado sobre la Iglesia y el juicio de amparo. *Ibidem*, p. 192.

Y respecto el artículo 41, nos dice Carpizo que ante la imposibilidad de la democracia directa, como en las *polis* griegas, dicho artículo expresa que la soberanía se ejerce por medio de los poderes federales y de los poderes de los estados, según las competencias que el pueblo les ha otorgado en la Constitución.

Por último, distingue Carpizo los conceptos de soberanía interna y soberanía externa. La primera, es la que se ejerce sobre una región determinada del globo terrestre, y es la línea que limita hasta dónde es aplicable válidamente el derecho de un Estado. Esta dimensión de la soberanía se manifiesta en los artículos 39, 40 y 41 de la Constitución mexicana (arriba referidos). Sin embargo, deplora Carpizo que dicha Constitución no contenga ninguna disposición expresa sobre la soberanía externa. Ello no obstante, nos dice este autor que los diversos artículos de la Constitución en los que se habla de tratados internacionales (artículos 76.I, 89.X y 133), suponen el reconocimiento de que éstos solo se dan entre Estados soberanos e iguales.²⁶ Es decir, al hablar de tratados, la Constitución está reconociendo la existencia de Estados soberanos e iguales, y hacer esto equivale a aceptar la noción de soberanía externa.²⁷

2. *Derecho administrativo*

A. *Los fundamentos del derecho administrativo según*

José Ma. del Castillo Velasco

Del Castillo Velasco afirma que el hombre ha sido creado para vivir en sociedad, y que la sociedad necesita el ejercicio del poder público. La sociedad humana se divide en naciones independientes, cada una de ellas tiene una vida propia e intereses y conveniencias que le son particulares, y por tanto el derecho de exigir de otras naciones que de ninguna manera intervengan en esa vida. Esos intereses y conveniencias, esa vida propia de cada nación constituye su independencia y su soberanía, y se componen

²⁶ Cuando Jorge Carpizo escribió estas ideas en su libro *La Constitución mexicana de 1917* (1979), no se había adicionado el artículo 89.X de la Constitución, en el cual se señala, desde la reforma de 11 de mayo de 1988, cuáles son los principios que debe seguir el Ejecutivo federal en la conducción de la política exterior de México, entre los que se encuentran la autodeterminación de los pueblos, la no intervención, la igualdad jurídica de los Estados, entre otros.

²⁷ *Ibidem*, p. 194.

de todas las esferas de la actividad individual y social que giran dentro de la nación y cuyas órbitas no deben chocar entre sí.²⁸

Para la armonía de esas diversas esferas de actividad —afirma Del Castillo Velasco— no bastan la acción de individuos aisladamente considerados. Es tarea del poder público, y es el deber del gobierno. Así, la ciencia administrativa provee el desarrollo y perfeccionamiento del individuo y de la sociedad, a la armonía de las diversas esferas de actividad que forman una nación libre y soberana, y respeta y fomenta y asegura la actividad individual que es la base de la fuerza y del poderío de la prosperidad y engrandecimiento de las naciones.²⁹ Por ello es que el referido autor define al derecho administrativo como el conjunto de leyes y disposiciones que en cada nación (se entiende, soberana) forma su administración particular.³⁰

B. *El fundamento del derecho administrativo según Gabino Fraga*

El libro clásico de derecho administrativo de Gabino Fraga, define al derecho administrativo como la rama del derecho público que regula la actividad del Estado que se realiza en forma de función administrativa. Por ello es indispensable saber en primer término en qué consiste la actividad estatal; en segundo lugar, cuáles son las formas que el Estado utiliza para realizar esa actividad y caracterizar entre ellas a la función administrativa; y en tercer lugar, cuál es el régimen a que se encuentra sujeta dicha actividad.³¹

En el capítulo II de su obra, se propone analizar los diversos criterios que la doctrina ha utilizado para dar un fundamento y para señalar el campo de aplicación del derecho administrativo. Nos explica Fraga que uno de esos criterios (predominante en el siglo XIX) es el de la existencia de la soberanía o poder público, visión según la cual es necesario un derecho especial para regular las relaciones entre el Estado y los particulares, porque tratándose de relaciones entre personas desiguales, una de ellas con voluntad superior a la de los individuos (que en eso consiste la soberanía), resulta inadecuada la aplicación del derecho privado que solo regula relaciones entre personas con voluntades iguales. Según Fraga, esta idea se complementaba con una distinción entre los diversos actos

²⁸ Castillo Velasco, José Ma. del, *Ensayo sobre el derecho administrativo mexicano*, t. I, 1874. Versión facsimilar publicada por la UNAM, México, 1994, pp. 5 y 6.

²⁹ *Ibidem*, p. 7.

³⁰ *Ibidem*, p. 9.

³¹ Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, 26a. ed., México, Porrúa, 1987, p. 13.

del Estado, separándolo en dos categorías: actos de autoridad y actos de gestión. En los primeros, el Estado obra dictando órdenes, prohibiciones, reglamentaciones, imponiendo unilateralmente su voluntad, mientras que en los segundos actúa como un particular podría hacerlo en la administración de su patrimonio. A partir de esta distinción, se concluía que el derecho administrativo solo tenía su campo en la realización en los actos de autoridad, dejando los actos de gestión bajo un régimen de derecho privado.

Ahora bien, afirma Fraga que aun admitiendo la idea del poder soberano, es difícil admitir que el Estado tenga dos voluntades, una superior y otra igual a los particulares. Además, observa una falta de claridad en la distinción arriba referida, porque no existe ninguna actividad ejercida por el Estado de la que pueda decirse que sea inconcebible verla ejercitada por los particulares (incluso funciones de policía y justicia, que en algún tiempo han sido ejercidas por particulares). Y finalmente, nos dice Fraga que el Estado, incluso al realizar actos de gestión, siempre estará cumpliendo o ejecutando leyes y reglamentos administrativos y gozando de privilegios de los que no disfrutaban los particulares.³²

Por otro lado, Gabino Fraga considera la idea de un sector de la doctrina francesa que buscó colocar la noción de “servicio público” como fundamento, justificación y límite de la existencia del derecho administrativo. Pero desechó esta idea por limitada, al poner su atención en una sola vertiente de la acción administrativa (el servicio público) y no ver otras (como el poder de policía, el poder de fomento y el poder de intervención en la esfera de los particulares).

Propone entonces Fraga que con el concepto de *atribución* se puede sistematizar el derecho administrativo:

... dicho concepto no excluye, sino por el contrario se compagina con las nociones de poder y de servicio público, ya que si la ley otorga la atribución al Estado es por una parte en razón de que tal otorgamiento se hace porque el Estado puede proceder en forma distinta de cómo proceden los particulares en sus mutuas relaciones y por la otra, porque sólo el propio Estado puede prestar servicios que, o bien exceden de las posibilidades de la iniciativa privada, o bien no tienen un carácter remunerativo pero que de todos modos son indispensables para satisfacer las necesidades públicas.³³

³² *Ibidem*, p. 21.

³³ *Ibidem*, p. 24.

La noción de atribución implica un régimen especial, el del derecho público, que es exigido en la organización y funcionamiento del Estado, en tanto que éste tiene atribuciones diversas de las que corresponden a los particulares y que deben realizarse por medios que éstos no disponen, como es “el uso del poder público de que el Estado dispone como derecho de la soberanía nacional”.³⁴

En cuanto a las relaciones del derecho administrativo y el derecho constitucional, nos dice Fraga que el derecho constitucional encierra todas las normas que se refieren a la estructura misma del Estado, a la organización y relaciones entre los poderes públicos y a los derechos fundamentales de los individuos. En relación con el Ejecutivo, la Constitución solo establece las bases principales de su organización, pero no llega al detalle de la misma. El Ejecutivo (y también el Judicial) requieren para su funcionamiento de una multiplicidad de órganos secundarios, entre los que necesariamente deben existir las relaciones indispensables para conservar la unidad del poder del que forman parte. Así, el derecho administrativo es derivado del constitucional. Pero entre ellos hay diferencias importantes, si bien son más cuantitativas que cualitativas. Finalmente, concluye Fraga que las leyes que regulan en detalle la organización de las autoridades administrativas, y las actividades patrimoniales del Estado, la actividad administrativa, han de tomar como base los principios constitucionales respectivos.³⁵

Como se puede ver en el breve repaso que hemos hecho de las opiniones de algunos de los juristas mexicanos más connotados, el concepto de soberanía ha sido la piedra de toque del derecho público mexicano. En una síntesis general, la narrativa se podría resumir de la siguiente manera: en el momento constituyente, se manifiesta el poder soberano del pueblo, al definir una norma de la más alta jerarquía para organizar al Estado. La conexión directa con ese poder soberano es la fuente de autoridad suprema de la Constitución y el gran título de legitimidad del poder (de los poderes constituidos). Se trata, además, de una norma que expresa la identidad de una nación (frente a otras naciones) y que establece los principios básicos de su organización política. Asimismo, de dichos principios básicos derivan normas más específicas relativas a la estructura y funcionamiento de los órganos del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial). La justificación del ejercicio de poder por parte de estos órganos radica en la conexión con la Constitución, que es expresión del poder soberano. Por último, las normas que se refieren al poder Ejecutivo confor-

³⁴ *Idem.*

³⁵ *Ibidem*, pp. 94-96.

man el derecho administrativo, conectado estrechamente con el derecho constitucional, pero distinto en cuanto al objeto específico de regulación. El derecho público es así concebido como un circuito cerrado, en donde la interconexión entre los distintos componentes fluye en una trayectoria que no admite, en principio, salidas ni entradas de agentes externos.

Ahora bien, ¿qué pasa si el circuito cerrado comienza a dar señales de apertura?; ¿cuáles son las implicaciones de una posible apertura del sistema jurídico, en relación con los conceptos de soberanía, poder y autoridad públicos? En el siguiente apartado nos proponemos examinar algunos fenómenos que pueden identificarse como ejemplos de la apertura del sistema jurídico mexicano a regímenes internacionales diversos.

IV. LA APERTURA DEL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO A REGÍMENES INTERNACIONALES

En los últimos 20 años, México ha experimentado una apertura de su sistema jurídico hacia regímenes internacionales diversos. Se ha tratado de una apertura de carácter más bien sectorial, pues no ha implicado el ingreso en una estructura normativa e institucional más densa y compleja como sería el caso, por ejemplo, de la Unión Europea.

Son varias las manifestaciones de la referida apertura. En primer lugar, se encuentra la influencia del sistema interamericano de derechos humanos (SIDH). La ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) por parte de México,³⁶ y el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CrIDH),³⁷ han significado la inmersión de nuestro país en una dinámica de interpretación y aplicación distinta en relación con los derechos humanos. Distinta, en la medida que se la compara con una forma tradicional de entender cómo y quién interpreta y aplica los referidos derechos en México.

El ingreso de México al sistema interamericano de derechos humanos ha significado, en primer término, la co-existencia de las “garantías individuales y sociales” (“Derechos Humanos” a partir de la reforma cons-

³⁶ México ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos el 24 de marzo de 1981, misma que fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF) el 7 de mayo del mismo año.

³⁷ México aceptó la competencia contenciosa de la CrIDH el 16 de diciembre de 1998, misma que fue publicada en el DOF el 24 de febrero de 1999.

titucional del 10 de junio de 2011) previstas en la Constitución, con un catálogo paralelo de derechos humanos, previstos en la CADH y demás instrumentos que forman parte del SIDH. Asimismo, con dicho ingreso el Estado mexicano (entiéndanse incluidos todos los poderes públicos) ha adquirido el compromiso internacional de respetar los derechos y libertades contemplados en la Convención³⁸ y *adaptar* el derecho interno al Pacto de San José, *adoptando* “... las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.³⁹

En segundo lugar, otra manifestación de la apertura se puede ver en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), suscrito por los gobiernos de México, Estados Unidos de América y Canadá, que entró en vigor el 1o. de enero de 1994.⁴⁰ Como se sabe, sus objetivos principales son: la eliminación de barreras al comercio de bienes y servicios y auspiciar condiciones para una competencia justa; el incremento de las oportunidades de inversión; la protección de la propiedad intelectual; el establecimiento de procedimientos efectivos para la aplicación del Tratado y la solución de controversias; así como el fomento de la cooperación trilateral, regional y multilateral. En este rubro, cabe recordar que México ha tenido que reformar su sistema jurídico de acuerdo a los estándares del TLCAN en múltiples materias (entre las que destacan, entre muchas otras, las materias de comercio exterior y régimen de la inversión extranjera).

En tercer lugar, debemos mencionar también el fenómeno que Stephen Zamora ha denominado como las ‘presiones legislativas desde arriba’, refiriéndose con ello a la influencia que instituciones como el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial (BM) o el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) ejercen sobre países como México, al impulsar en ellos reformas jurídicas e institucionales. En este sentido, afirma Zamora que si bien es cierto que estas actividades no implican

³⁸ Artículo 1o. de la CADH: “1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

³⁹ Artículo 2o. de la CADH: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

⁴⁰ Aquí nos hemos centrado en el TLCAN, pero en realidad México ha suscrito al menos 16 tratados o acuerdos de libre comercio más, tal y como aparece en la página web de la Secretaría de Economía de México (www.economia.gob.mx).

una asignación de poder legislativo *per se* a las autoridades internacionales, muestran cómo la competencia legislativa se ve influida por agencias más allá de las instituciones del gobierno nacional. E incluso, en el caso de México, afirma que estas instituciones financieras internacionales casi parecen ser como una cuarta rama del gobierno, influyendo el curso de la regulación económica en formas que la mayoría de la gente en los Estados Unidos (el profesor Zamora es estadounidense) encontrarían completamente inapropiada.⁴¹

Puede mencionarse en esta misma línea el estudio de Sergio López Ayllón, quien vincula buena parte de los extensos y profundos cambios jurídicos ocurridos en México a partir de la década de los ochenta (privatización, desregulación, racionalización del marco regulatorio), a recomendaciones explícitas de organismos financieros internacionales, y al tránsito de una economía cerrada a una abierta. Según López Ayllón, esto implicó adoptar y dar mayor peso a una serie de instrumentos internacionales, lo que a su vez obligó a adaptar las normas e instituciones internas al marco jurídico externo, especialmente en los sectores más expuestos al intercambio con el exterior.⁴²

Por su parte, en su estudio sobre el impacto de la globalización en la reforma del Estado en América Latina, Fix y Ayllón vinculan la significativa reforma institucional ocurrida en los países de la región desde el inicio de los ochenta, a los severos programas de ajuste diseñados, promovidos y monitoreados por organizaciones financieras internacionales como el BM y el FMI, lo que en algunos casos —afirman— implicó reformas normativas sustanciales.⁴³

⁴¹ Zamora, Stephen, "Allocating Legislative competence in the Americas: the Early Experience under NAFTA and the Challenge of Hemispheric Integration", *Houston Journal of International Law*, vol. 19, núm. 3, 1997, pp. 640-641.

⁴² "Una parte importante de las modificaciones en el subsistema jurídico mexicano se explica dentro de esta dinámica, particularmente en la legislación relacionada con los distintos sectores económicos. El ejemplo más evidente de esta situación se encuentra en la legislación aplicable al comercio exterior (incluyendo la operación de las aduanas), la inversión y la propiedad intelectual. Su evolución se explica fundamentalmente en su adecuación a las nuevas condiciones de operación del modelo económico y su articulación con el marco regulatorio internacional y las obligaciones de México derivadas de éste". López Ayllón, Sergio, *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho en México*, UNAM, México, 1997, pp. 203-208.

⁴³ Reportan Fix-Fierro y Ayllón que entre diciembre de 1982 y abril de 1996, de un total de 198 leyes federales, 99 fueron renovadas, 57 reformadas (en algunos casos de manera extensa), y solamente 42, de importancia menor, permanecieron sin cambios. Es decir, cerca de 80% de la legislación federal mexicana fue totalmente nueva o modificada en un lapso de 15 años. Fix-Fierro, Héctor y López-Ayllón, Sergio, "The Impact

Lo anterior nos lleva a establecer la siguiente hipótesis: frente a los fenómenos arriba referidos, la idea del Estado mexicano como una comunidad política que decide cuáles son sus normas jurídicas de manera autónoma, sin permitir injerencias externas, como si fuera un circuito cerrado, no corresponde a la realidad.

V. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES Y RÉGIMENES INTERNACIONALES

El artículo 40 de la Constitución mexicana define cuáles son sus principios fundamentales en los siguientes términos:

Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

Ahora bien, en México se han dado diversos debates en torno a cuáles son los principios fundamentales, y si pueden o no ser alterados por el proceso de reforma constitucional previsto en el artículo 135 de la Constitución mexicana. En esta discusión, la doctrina ha ofrecido distintas respuestas, lo cual demuestra el grado de subjetividad que ha imperado en la discusión sobre este tema. Por ejemplo, Carpizo ha señalado que las “decisiones fundamentales” de nuestro orden constitucional son: los derechos humanos, la soberanía popular, la división de poderes, el sistema representativo, el sistema federal, la supremacía del Estado sobre las iglesias y el juicio de amparo. Además, ha señalado este autor que dichos principios no pueden ser reformados por el poder revisor, “sino únicamente por el pueblo”.⁴⁴

Por su parte, Rabasa señala como un principio que no puede ser cambiado por el poder reformador de la Constitución, el de la forma de gobierno. Mientras que Mario de la Cueva argumenta que el poder revisor no puede modificar la esencia de la Constitución que le dio vida. Este autor no aclara cuál es dicha “esencia”, aunque sugiere que los derechos individuales y sociales son parte de ella. Por último, Burgoa considera como principios fundamentales la forma del Estado, la forma de gobierno, el sistema electoral, las garantías del gobernado, las garantías

of Globalization on the Reform of the State and The Law in Latin America”, *Houston Journal of International Law*, vol. 19, núm. 3, 1997, pp. 792-795.

⁴⁴ Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, México, Porrúa, 1983, p. 280.

sociales, las garantías del trabajador, las declaraciones fundamentales en materia socioeconómica y cultural y el juicio de amparo, y propone que cualquier reforma a la Constitución que afecte sustancialmente alguno de estos principios, debiera ser sometida a referéndum popular, una vez cumplido el procedimiento establecido en el artículo 135 constitucional, para que entre en vigor.⁴⁵

Para los efectos del presente ensayo, tomaremos como base los principios enunciados en el artículo 40 de la Constitución, a los que añadiremos el principio de protección de derechos humanos y la propiedad de la nación sobre los recursos minerales, los cuales perfectamente pueden derivarse del texto y del espíritu de la norma fundamental mexicana. Así, en las siguientes páginas examinaremos los puntos de intersección de regímenes internacionales diversos, con los principios fundamentales de derechos humanos, democracia, sistema federal, Estado laico y propiedad de la nación sobre los recursos minerales, contenidos en la Constitución mexicana de 1917.

VI. CONCLUSIÓN

En vista de los fenómenos esbozados, ¿cómo debiéramos entender las estructuras fundamentales del derecho público en México hoy? En mi opinión, el análisis de los puntos de cruce entre los principios fundamentales de la Constitución mexicana y diversos regímenes internacionales en los que el Estado mexicano se encuentra inmerso, nos lleva a concluir que ya no se puede entender el derecho público vigente en el territorio mexicano únicamente a partir de la Constitución. Como ya hemos apuntado, la idea del Estado mexicano como una comunidad política que decide cuáles son sus normas jurídicas de manera autónoma, sin permitir injerencias externas, como si fuera un circuito cerrado, no corresponde a la realidad. Incluso puede afirmarse que la interpretación y evolución de los principios fundamentales hoy, se insertan en una dimensión supranacional, internacional y comparada.

⁴⁵ Rabasa, Emilio, *La Constitución y la dictadura*, México, Porrúa, 1968, pp. 234-237; Cueva, Mario de la, *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa, 1982, pp. 127-174, y Burgoa, Ignacio, *Renovación de la Constitución de 1917*, México, Porrúa, 1994. Todas estas obras son citadas por González Schmal, Raúl, “¿Una reforma constitucional puede ser inconstitucional?”, en *El significado actual de la Constitución*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 324.

PRINCIPIO *PRO HOMINE* VS. RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES: ¿ES POSIBLE CONSTITUCIONALIZAR EL AUTORITARISMO?

Fernando SILVA GARCÍA*
José Sebastián GÓMEZ SÁMANO**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Dimensión normativa e interpretativa del principio pro homine*. III. *El principio pro homine como mecanismo de control de la democracia sustantiva frente a la democracia formal*. IV. *El principio pro homine como mecanismo complementario y de perfeccionamiento del control constitucional y convencional de la actuación pública*. V. *El principio pro homine frente a restricciones constitucionales expresas y en situaciones de conflicto entre derechos humanos*. VI. *Principio pro homine y autoritarismo democrático: la norma autoritaria perfecta*. VII. *Algunas conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los múltiples temas investigados por el maestro Jorge Carpizo y de sus grandes aportaciones lo constituye el desarrollo de la compleja evolución democrática de los Estados latinoamericanos, en donde plantea esta dramática tensión entre realidad y constitucionalismo,¹ dentro de la cual se inserta el presente artículo, precisamente en esta gran paradoja de nuestro sistema jurídico consistente en que el “deber ser” del constitucionalismo democrático coexiste con el “ser” de la actuación pública que emite actos, tolera omisiones e introduce dentro del ordenamiento jurídico facultades y restricciones esencialmente autoritarias (en las resoluciones, en las leyes, en la jurisprudencia y en la propia Constitución), lo cual, en clave jurídi-

* Juez de distrito.

** Secretario de juzgado.

¹ Véase, en general, Carpizo, Jorge, *Concepto de Democracia y Sistema de Gobierno en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

ca, parece ser una de las muchas razones por las cuales se ha calificado al Estado mexicano como *democracia autoritaria*.² Nos encontramos, así, ante la coexistencia de actos y normas dirigidas a *perfeccionar-democratizar* el sistema jurídico (por ejemplo, el principio *pro homine* del artículo 1o. constitucional) frente a actos, omisiones y normas (restricciones), inclusive constitucionales, dirigidas a *evadir-desdemocratizar* por la puerta trasera ese sistema perfeccionado³ a fin de “legitimar” aparente y formalmente la arbitrariedad para fines de conveniencia política y administración del poder.

Cuando se ha pretendido introducir el autoritarismo en actos y leyes secundarias, uno de los remedios jurídicos disponibles para las personas es el control judicial, por ejemplo a través del juicio de amparo, lo que tiende a producir su anulación cuando menos en el caso concreto. Sin embargo, esta situación resulta especialmente grave cuando es en la Constitución en donde se introducen facultades y restricciones autoritarias. Sucede en la práctica que mientras una vertiente de la actuación pública se dedica a construir *constitucionalismo democrático*;⁴ la otra se dedica a construir *constitucionalismo autoritario* e introducir dentro de la norma suprema restricciones, instituciones y facultades autoritarias con la idea

² Meyer, Lorenzo, *Liberalismo autoritario. Las contradicciones del sistema político mexicano*, México, Océano, 1995. Véase <http://www.youtube.com/watch?v=AnNu718NpSA>.

³ Diego Valadés afirma al respecto que se sabe que las tensiones entre norma y realidad han estado presentes a lo largo del constitucionalismo. Si la debilidad constitucional dio lugar a los hombres fuertes, la irregularidad constitucional está propiciando poderes encubiertos. Llamo irregularidad constitucional —señala Valadés— al fenómeno que se traduce en la coexistencia de normas dotadas de plena eficacia con otras cuya aplicación meramente formal está condicionada por procesos políticos. En general, en el ámbito del constitucionalismo democrático, no se discute acerca de la vigencia de las libertades públicas, pero si se cuestiona la aptitud de las instituciones para controlar el ejercicio del poder, que en última instancia representa un riesgo para las libertades públicas. A diferencia del desplazamiento ostensible de las Constituciones por los hombres fuertes, ahora los poderes ocultos se cobijan en la norma a cuyo incumplimiento parcial contribuyen. Una Constitución fluctuante no es garantía para la consolidación democrática. Sería un contrasentido considerar que pueda trazarse una línea de conducta hacia el futuro sobre la base de una norma cuya eficiencia es impredecible. Los instrumentos constitucionales para el control político del orden representan una garantía de libertad, y por lo mismo no pueden estar sujetos a la aplicación discrecional, confidencial y circunstancial que supone la adopción de acuerdos entre agentes políticos. Valadés, Diego, “Constitución y control político”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa, 2000, pp. 343, 344, 348, 349, 352 y 355.

⁴ La reforma constitucional es una garantía de la democracia. Carbonell, Miguel, “Sobre la reforma constitucional”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución*. México, Porrúa, 2000, pp. 372, 376 y 377.

de que resulten inmunes frente a los mecanismos de control del poder,⁵ máxime que el control judicial de normas constitucionales ha sido prácticamente descartado por la SCJN y por el legislador en la Ley de Amparo.⁶

En un artículo publicado hace unos meses sobre el arraigo penal⁷ expusimos que, actualmente, la configuración del sistema jurídico constitucional e internacional impide revestir de un traje democrático-constitucional a figuras y restricciones esencialmente autoritarias. Resultaría paradójico constitucionalizar el autoritarismo; la norma suprema está diseñada como un mecanismo integral de control de poder, por lo cual sería una contradicción lógica que el poder revisor constitucionalizara espacios de impunidad para el ejercicio arbitrario de la actuación pública.⁸ Sin embargo, más allá de la deontología normativa, en la realidad mexicana nos encontramos con que el poder revisor sí ha llegado a introducir restricciones y facultades autoritarias con la idea de que resulten blindadas frente a los mecanismos normativos de control del poder (piénsese en el sistema penal mexicano,⁹ en el arraigo penal,¹⁰ en la prisión preventiva sustentada desde sede legislativa en la gravedad abstracta del delito,¹¹

⁵ Reconoce Carbonell que los vínculos entre democracia reforma constitucional son insoslayables. Sin embargo, el autor advierte que la reforma constitucional no debe emprenderse para llevar al texto de la Constitución necesidades coyunturales o intereses meramente partidistas. La responsabilidad con que se conduzcan los partidos políticos. Si la constitución se concibe como pieza de cambio en el reparto del pastel político, lo más seguro es que sea reformada al gusto y según las necesidades de cada coyuntura electoral concreta. Véase Carbonell, Miguel, "Sobre la reforma constitucional", *cit.*, pp. 372, 376 y 377.

⁶ Nueva Ley de Amparo. Artículo 61. El juicio de amparo es improcedente: I. Contra adiciones o reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁷ Silva García, Fernando, "El arraigo penal entre dos alternativas posibles: interpretación conforme o inconvencionalidad", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 33, 2012.

⁸ Sobre las tensiones entre el principio democrático y el Poder Constituyente véase Vega, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1999.

⁹ García Ramírez, Sergio, *La reforma penal constitucional 2007-2008. ¿Democracia o Autoritarismo?*, México, Porrúa, 2009.

¹⁰ Véase un análisis integral del sistema penal mexicano (detención arbitraria, tortura, debido proceso) en Erin Brewer, Stephanie, "Hacia un proceso penal constitucional: Elementos para entender y aplicar la presunción de inocencia en México. Presunción de Inocencia", *Garantismo Judicial*, Porrúa (en prensa).

¹¹ A la luz del principio de presunción de inocencia, la prisión preventiva sólo podría justificarse mediante criterios jurisdiccionales del caso concreto en torno a la *calidad de la prueba* relacionada con la responsabilidad penal del procesado, y no mediante criterios le-

en la entonces expropiación sin audiencia previa, en la imposibilidad constitucional de reinstalar a agentes y policías separados del puesto en forma ilegal,¹² así como en la ausencia de control judicial de las leyes electorales,¹³ entre otros ejemplos).

En el presente artículo abundaremos sobre dichas ideas a propósito de las implicaciones normativas de la incorporación del principio *pro homine* en la norma suprema, para lo cual proponemos que una de sus virtudes consiste en que podría operar como mecanismo de control frente a muchos de los elementos del *constitucionalismo autoritario*, centralmente, frente

gislativos de conveniencia política en torno a la *calidad abstracta del delito*. Véase la sentencia de la Corte IDH en el caso López Álvarez *vs.* Honduras, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 1 de febrero de 2006, serie C, núm. 141.

¹² SEGURIDAD PÚBLICA. INTERPRETACIÓN DEL ENUNCIADO “Y DEMÁS PRESTACIONES A QUE TENGA DERECHO”, CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 123, APARTADO B, FRACCIÓN XIII, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, VIGENTE A PARTIR DE LA REFORMA PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008. El citado precepto prevé que si la autoridad jurisdiccional resuelve que es injustificada la separación, remoción, baja, cese o cualquier otra forma de terminación del servicio de los miembros de instituciones policiales de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, el Estado sólo estará obligado a pagar la indemnización y demás prestaciones a que tenga derecho, sin que en ningún caso proceda su reincorporación al servicio. Ahora bien, en el proceso legislativo correspondiente no se precisaron las razones para incorporar el enunciado “y demás prestaciones a que tenga derecho”; por lo cual, para desentrañar su sentido jurídico, debe considerarse que tiene como antecedente un imperativo categórico: la *imposibilidad absoluta de reincorporar a un elemento de los cuerpos de seguridad pública, aun cuando la autoridad jurisdiccional haya resuelto que es injustificada su separación*; por tanto, la actualización de ese supuesto implica, como consecuencia lógica y jurídica, la obligación de resarcir al servidor público mediante el pago de una “indemnización” y “demás prestaciones a que tenga derecho”... (S.J.F. y su Gaceta; 10a. Época, 2a. Sala, Libro XII, septiembre de 2012, t. 2, p. 617. Amparo directo en revisión 2300/2011. 23 de noviembre de 2011. Cinco votos. Ponente: Luis María Aguilar Morales. Secretaria: Laura Montes López. Tesis de jurisprudencia 110/2012 (10a.). Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del 29 de agosto de 2012).

¹³ La SCJN interpretó, en su momento, que el Tribunal Electoral carecía de facultades para controlar judicialmente la validez de las leyes electorales. La Corte IDH en el caso Castañeda desautorizó dicha jurisprudencia constitucional; posteriormente se reformó la Norma Suprema para permitir dicho control y la jurisprudencia de la SCJN se decidió modificar. Véase en general Ferrer MacGregor, Eduardo y Silva García, Fernando, *El caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera sentencia internacional condenatoria en contra del Estado mexicano*, México, Porrúa, 2009. Véase también Ferrer MacGregor, Eduardo, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (dimensión transnacional del derecho procesal constitucional)”, en Valadés, Diego *et al.* (coord.), *Derechos Humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional. t. III*. México, UNAM, 2001.

al poder de reforma y la SCJN, de manera que podría erigirse como mecanismo *complementario* y de *perfeccionamiento* del control constitucional y convencional de la actuación pública; asimismo analizaremos el alcance del principio *pro homine* frente a las llamadas *restricciones constitucionales expresas*, así como en escenarios de conflicto entre derechos humanos y, finalmente, examinaremos si dicho principio es eficaz inclusive frente a una posible *norma autoritaria perfecta*, todo lo cual servirá de base para proponer la idea consistente en que la incorporación del principio *pro homine* en el texto constitucional podría generar que los jueces constitucionales tengan facultades para impedir, en buena medida, la introducción de figuras autoritarias en actos, leyes y en la Constitución, que excluya y vaya borrando del mapa esa especie de autoritarismo selectivo que la política se ha visto en la tentación de mantener en diversas secciones de nuestro sistema jurídico, todo ello a fin de regularizar y mantener la paulatina y compleja construcción de una democracia constitucional.

II. DIMENSIÓN *NORMATIVA* E *INTERPRETATIVA* DEL PRINCIPIO *PRO HOMINE*¹⁴

El principio *pro homine* es una norma jurídica que contiene un criterio de eficacia de los derechos humanos —de todos los derechos (incluso colectivos, y no solo liberales)— que irradia integralmente al ordenamiento jurídico y vincula a todos los operadores jurídicos a aplicar la norma o elegir la interpretación más protectora, en aquéllos asuntos en que se encuentren implicados derechos humanos, e inversamente, a aplicar la norma o a elegir la interpretación más restringida en aquellos asuntos relacionados con restricciones al ejercicio de derechos humanos.

El principio *pro homine* se encuentra reconocido a través de diferentes fórmulas, en múltiples tratados internacionales.¹⁵ En México está previs-

¹⁴ La sentencia dictada en el juicio de amparo 572/2011, resuelto el 5 de julio de 2013, en el Juzgado Sexto de Distrito del Centro Auxiliar de la Primera Región (juez Fernando Silva, secretario José Sebastián Gómez Sámano) contiene un estudio sobre el principio *pro homine* en términos similares, en que se planteó un conflicto entre la Constitución y la CADH, sobre el tema del valor catastral o comercial en que la indemnización por expropiación debe realizarse.

¹⁵ De manera enunciativa se pueden destacar: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos artículo 5: “Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos

to actualmente en el artículo 1o. de la Constitución federal, que dispone lo siguiente:

y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”. • Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 23: “Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a disposición alguna que sea más conducente al logro de la igualdad entre hombres y mujeres y que pueda formar parte de: a) la legislación de un Estado Parte; o b) cualquier otra convención, tratado o acuerdo internacional vigente en ese Estado”. • Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 41: “Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) el derecho de un Estado Parte; o b) el derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado”. • Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, principio 3: “No se restringirá o menoscabará ninguno de los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Conjunto de principios no reconoce esos derechos o los reconoce en menor grado”. • Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, artículo 1.2: “El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance”. • Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992), artículo 21: “Las disposiciones de la presente Declaración son sin perjuicio de las disposiciones enunciadas en la Declaración Universal de Derechos Humanos o en cualquier otro instrumento internacional y no deberán interpretarse como una restricción o derogación de cualquiera de esas disposiciones”. • Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 29: “Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a. Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b. Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c. Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno; y d. Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”. • Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, artículo XV: “Nada de lo estipulado en la presente Convención se interpretará en sentido restrictivo de otros tratados bilaterales o multilaterales y otros acuerdos suscritos entre las partes”. Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, artículo VII: “No se interpretará que disposición alguna de la presente Convención restrinja o permita que los Estados Partes limiten el disfrute de los derechos de las personas con discapacidad reconocidos por el derecho internacional consuetudinario o los instrumentos internacionales por los cuales un Estado Parte está obligado”.

Artículo 1o.

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

...

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) desde su primera resolución en el caso de Viviana Gallardo del 13 de noviembre de 1981, incorporó el principio *pro persona* al señalar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) tiene un fin que es la protección internacional de los derechos esenciales del hombre, y para la obtención de ese fin, organiza un sistema que representa los límites y condiciones dentro de los cuales los Estados Partes han consentido en responsabilizarse internacionalmente de las violaciones de que se les acuse, y al respecto señaló lo siguiente: “En consecuencia, el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional, siempre que ello no implique una alteración del sistema”.

Asimismo, la Corte IDH en la Opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985 (La colegiación obligatoria de periodistas) señaló que si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. La Corte IDH indicó que si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos podrán traerse restricciones presentes en otros instrumentos internacionales, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que la Convención reconoce.¹⁶ En el caso Ricardo Canese *vs.*

¹⁶ Artículos 13 y 29 de la CADH solicitada por el gobierno de Costa Rica, párrs. 51 y 52.

Paraguay, la Corte IDH señaló que de conformidad con el artículo 29.b) de la Convención, si alguna ley del Estado parte u otro tratado internacional del cual sea parte dicho Estado otorga una mayor protección o regula con mayor amplitud el goce y ejercicio de algún derecho o libertad, éste deberá aplicar la norma más favorable para la tutela de los derechos humanos.¹⁷

Por su parte, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha señalado que según el principio *pro persona*, en caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción.¹⁸ La Primera Sala de la SCJN también indicó que el principio *pro persona* permite, por un lado, definir la plataforma de interpretación de los derechos humanos y, por otro, otorgar un sentido protector a favor de la persona humana, pues ante la existencia de varias posibilidades de solución a un mismo problema, obliga a optar por la que protege en términos más amplios.¹⁹ Sorpresivamente, la Segunda Sala de la SCJN también ha utilizado criterios *pro homine* para abordar los asuntos de su conocimiento, inclusive en casos anteriores a la reforma constitucional de 2011, por ejemplo, al establecer que las causales de improcedencia del juicio de garantías deben interpretarse de manera estricta, de manera que la salvaguarda de la Constitución y de las “garantías individuales” a través de dicho proceso sea efectiva, de lo cual deriva —señala la Sala— que ante distintas posibles interpretaciones de las fracciones que componen el artículo 73 de la Ley de Amparo, el juez debe acoger únicamente aquella que se haya acreditado fehacientemente, evitando dejar, con base en presunciones, en estado de indefensión al promovente.²⁰

¹⁷ Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2004, serie C, 111.

¹⁸ PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE. (1a./J. 107/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XIII, octubre de 2012, t. 2, Materia(s): Constitucional, p. 799).

¹⁹ PRINCIPIO PRO PERSONAE. EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LOS DERECHOS HUMANOS DEBEN ANALIZARSE A PARTIR DE AQUÉL. (1a. XXVI/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro V, Febrero de 2012, t. 1, Materia(s): Constitucional, Décima Época, Primera Sala, p. 659).

²⁰ IMPROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO. LAS CAUSALES QUE LA PREVIEN DEBEN INTERPRETARSE DE MANERA ERICTA, A FIN DE EVITAR OBSTACULIZAR INJUSTIFICADAMENTE EL ACCESO DE LOS INDIVIDUOS A DICHO MEDIO DE DEFENSA. Las causales de improcedencia del juicio de garantías deben interpretarse de manera estricta, de manera

De conformidad con lo expuesto, podríamos establecer que existen dos vertientes o dimensiones del principio *pro persona*, la dimensión *interpretativa*, consistente en que cuando es posible interpretar un enunciado jurídico de diversas formas, debe elegirse aquella que favorezca más al derecho fundamental de que se trate, o bien elegir aquella que restrinja en menor medida el derecho humano respectivo, y, por otra parte, la dimensión *normativa* que es aquella en la cual se debe elegir la norma más favorable a la persona humana, esto es, si son aplicables dos o más normas elegir aquella que favorezca más al justiciable (y a la inversa en la restricción).

Las dos vertientes o dimensiones del principio *pro persona* pueden entenderse de mejor manera a través del esquema siguiente:

- 1) Dimensión interpretativa o deber de elección de la interpretación más favorable a los derechos humanos: la dimensión interpretativa del principio *pro homine* implica que el operador jurídico deberá elegir aquel o aquellos criterios hermenéuticos que favorezcan más a la persona humana, y en sentido inverso, aquellos que restrinjan en menor medida el derecho fundamental de que se trate. La Constitución (incluyendo las *restricciones constitucionales expresas*), la ley, los reglamentos, la jurisprudencia, las sentencias pueden implicar más de una interpretación posible, en ese supuesto, el operador jurídico debe optar por el sentido normativo que represente la mejor opción para los derechos de la persona humana, por lo cual deberá excluir los significados normativos que representen un entendimiento más restrictivo para los derechos humanos. En ese orden de pensamiento, podríamos afirmar que la dimensión interpretativa del principio *pro homine* es aplicable a todos los órdenes jurídicos (constitucional, federal, local, Distrito Federal y municipal) respecto de la actuación de todos los poderes públicos (incluida la Constitución misma y las llamadas *restricciones constitucionales expresas*), de forma que respecto de

que la salvaguarda de la Constitución y de las garantías individuales a través de dicho proceso sea efectiva, de lo cual deriva que ante distintas posibles interpretaciones de las fracciones que componen el artículo 73 de la Ley de Amparo, el juez debe acoger únicamente aquella que se haya acreditado fehacientemente, evitando dejar, con base en presunciones, en estado de indefensión al promovente, lo que es acorde al derecho a la tutela judicial efectiva previsto en los artículos 14, 16 y 17 de la Constitución Federal, que condicionan la actuación de todos los poderes públicos, incluido el juez de amparo (Tesis: 2a. CLVII/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXXI, enero de 2010, Novena Época, p. 324).

cualquier tipo de norma (incluso constitucional), el operador jurídico debe optar por el sentido normativo que implique la mejor opción para los derechos de la persona humana, por lo cual deberá excluir los significados normativos que conlleven un resultado más restrictivo para los derechos correspondientes.

- 2) Dimensión normativa o deber de elección de la norma más favorable a los derechos humanos: la dimensión normativa del principio *pro homine* implica que si el operador jurídico en un asunto de su conocimiento, en que se hallen implicados derechos humanos, se encuentra con que hay dos o más fuentes jurídicas aplicables al caso concreto deberá elegir aquella que favorezca más los derechos humanos y descartar la que implique mayores cargas y restricciones para aquéllos, con independencia de la jerarquía de tales fuentes normativas, lo que, de manera enunciativa, se puede presentar, cuando menos en los siguientes casos:

- Conflicto entre Constitución y tratado internacional: la regla general, en este supuesto, implica que el operador jurídico deberá elegir el derecho de fuente nacional o internacional que sea más extensivo, y a la vez, a aquel que sea el menos restrictivo. De acuerdo, con el Pleno de la SCJN,²¹ la excepción a esta regla está constituida por las llamadas *restricciones constitucionales expresas*, que si bien deben interpretarse en forma *pro homine*, no podrían ser desaplicadas por los jueces y demás operadores jurídicos.
- Conflicto entre leyes: si dos o más normas legales son susceptibles de regular el caso en concreto, deberá elegirse aquella que favorezca más al derecho humano de que se trate (con independencia de los criterios de ley posterior, y de ley especial).
- Conflicto entre jurisprudencias: se deberá elegir aquel criterio jurisprudencial que defina o explicita un determinado derecho fundamental de la forma más expansiva, y en sentido inverso, aquella jurisprudencia que lo restrinja en menor medida.²² De manera que si existen dos criterios *aplicables al caso concreto*, sobre temas idénticos o

²¹ Véase la C.T. 293/2011, resuelta el 3 de septiembre de 2013, en una votación poco clara y que tendrá que ser materia de interpretación, dada su ambigüedad. Ver Anexo.

²² CRITERIOS EMITIDOS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO NO FUE PARTE. SON ORIENTADORES PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEAN MÁS FAVORABLES A LA PERSONA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 10. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. (Tesis: P. LXVI/2011 (9a.), *Sema-*

análogos, de similar grado de abstracción y generalidad, uno de la Corte IDH y otro de la SCJN, deberá elegirse el que beneficie más al justiciable. Asimismo, si existen criterios contradictorios aplicables al caso concreto entre las Salas de la SCJN, el juzgador deberá elegir el que resulte más benéfico para la persona humana, con independencia de la materia. Desde luego, sin que ello implique la posibilidad consistente en que el juez desaplique *normas (restricciones) constitucionales expresas*.

En ese sentido, podríamos afirmar que la dimensión normativa del principio *pro homine* es aplicable a todos los órdenes jurídicos (constitucional, federal, local, Distrito Federal y municipal) respecto de casi toda la actuación de todos los poderes públicos, excepto las *restricciones constitucionales expresas* del Constituyente y del poder de reforma, ya que, en principio, los operadores jurídicos no están en posibilidad de desaplicarlas en los casos de su conocimiento.

III. EL PRINCIPIO *PRO HOMINE* COMO MECANISMO DE CONTROL DE LA DEMOCRACIA SUSTANTIVA FRENTE A LA DEMOCRACIA FORMAL

El principio *pro homine* obliga a todos los poderes públicos a dotar de eficacia a las normas sobre derechos humanos de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Desde esa perspectiva, el principio *pro homine* tendría que ser reconocido como un mecanismo de control del poder (una garantía), que permite que la democracia sustantiva²³ (derechos humanos-soberanía popular-intereses de la persona humana) prevalezca en caso de conflicto frente a la democracia formal (actuación de poderes públicos, representantes

nario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, diciembre de 2011, t. 1, Décima Época, p. 550).

²³ En el entendido que esa dimensión axiológica está igualmente respaldada por el derecho positivo. Sobre la diferencia entre democracia sustantiva y formal, véase Ferrajoli, Luigi, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid, Trotta, 2006. Del mismo autor y otros *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, prólogo de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001. También en Andrés Ibáñez, Perfecto, “Garantismo: Una teoría crítica de la jurisdicción”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta-UNAM, 2005.

populares, partidos políticos);²⁴ garantía que inclusive ha comenzado a operar frente a poderes privados²⁵ en forma indirecta desde hace ya algunos años²⁶ y en forma directa recientemente.²⁷

En ese sentido, el principio *pro homine* tendría que ser visto, en forma muy similar a una cláusula de intangibilidad, como un mecanismo que tiende a reforzar la rigidez de la Constitución en sus aspectos nucleares, en razón a que tiene como finalidad que los derechos humanos (fragmentos de soberanía popular²⁸ que se reservan las personas frente a sus representantes y a los poderes públicos) prevalezcan frente a figuras autoritarias o restricciones categóricas que se pudieran introducir dentro del sistema jurídico secundario (leyes, reglamentos, sentencias) e inclusive primario (Constitución, tratados, jurisprudencia) en alguna medida.

En otras palabras, el principio *pro homine*, en cierta grado, tendría que ser reconocido como un mecanismo de control de poder frente a la Constitución misma, concretamente:

- 1) Frente al Poder de Reforma, quien no debería introducir con éxito en la norma suprema figuras autoritarias o restricciones categóricas, pues si bien no deben ser desconocidas en términos absolutos por los jueces y operadores jurídicos, en buena medida aquéllas deberían interpretarse en forma que su arbitrariedad quedara solventada por

²⁴ El profesor Balaguer subraya que democracia, garantismo y normatividad se configuran como las tres fuentes principales de las que surge el caudal histórico del constitucionalismo. Lo cierto es que mantener en la actualidad un concepto de democracia desligado del fundamento garantista y normativista de la Constitución, además de ser anacronismo histórico, supone un grave obstáculo para la comprensión de la Constitución misma. No es posible, en efecto, predicar ya un concepto de democracia como el del primer constitucionalismo, basado en el dominio absoluto de la mayoría, sino también el respeto de las minorías. Uno de los medios que sirve para asegurar este nuevo contenido de la democracia es la propia normatividad de la Constitución, esto es, la existencia de una norma suprema en la que se establecen los límites de la actuación de la mayoría. Balaguer Callejón, Francisco, “Constitución y ordenamiento jurídico”, Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa, 2000, p. 199.

²⁵ Véase Mijangos y González, Javier, *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Análisis del caso mexicano*, México, Porrúa, 2007.

²⁶ DERECHOS FUNDAMENTALES. SU VIGENCIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES (Tesis: 1a./J. 15/2012 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XIII, octubre de 2012, t. 2, p. 798).

²⁷ En la nueva Ley de Amparo se prevé lo siguiente: “Artículo 1o. El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite: ... El amparo protege a las personas frente a normas generales, actos u omisiones por parte de los poderes públicos o de particulares en los casos señalados en la presente Ley”.

²⁸ Véase Ferrajoli, Luigi, *Garantismo. Una discusión...*, cit.

virtud de su interacción e interpretación sistemática y *pro homine* con las demás normas constitucionales e internacionales sobre derechos humanos que las condicionan, de forma que la figura autoritaria introducida adquiriera irremediablemente un alcance diferente a partir de su integración normativa con los derechos, libertades y garantías que la rodean dentro de un sistema democrático.

- 2) Frente a la Suprema Corte y demás jueces constitucionales, quienes no deberían emitir sentencias y jurisprudencias deliberadamente reduccionistas en donde prevalecieran en automático las restricciones por encima de los derechos fundamentales, so pena que el garante constitucional (poder constituido) incumpla con el parámetro de validez integrado por las normas sobre derechos humanos de la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos que aquéllos están obligados a garantizar (hablaríamos de una inobservancia frontal con el nuevo contenido del artículo 1o. constitucional y con la teleología del propio constitucionalismo democrático).²⁹
- 3) Frente al derecho internacional, cuyos estándares podrían superarse por los niveles nacionales de protección cuando resulten más favorables a la persona humana (por virtud, además, de las cláusulas que el derecho internacional prevé en ese sentido).

Desde esa óptica, es posible observar que, bajo una interpretación teleológica, el principio *pro homine* podría operar como mecanismo de control de poder del sistema jurídico primario (poder de reforma, SCJN, derecho internacional), con efectos muy similares a una cláusula de intangibilidad, por resultar óptimo para garantizar, en buena medida, la rigidez de los aspectos esenciales del constitucionalismo democrático.

IV. EL PRINCIPIO *PRO HOMINE* COMO MECANISMO COMPLEMENTARIO Y DE PERFECCIONAMIENTO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL DE LA ACTUACIÓN PÚBLICA

Es verdad que una de las propiedades del principio *pro homine* es eliminar el criterio de jerarquía en la solución de conflictos en temas de derechos humanos, en atención a que genera como efecto que aquéllos se resuelvan a favor de la norma o interpretación más favorable a la persona humana

²⁹ Véase Silva García, Fernando, *Derechos humanos. Efectos de las sentencias internacionales*, México, Porrúa, 2007.

con independencia de la jerarquía de la fuente en la que se encuentren reconocidos.

Sin embargo, paradójicamente, esa *desjerarquización* de los conflictos en temas de derechos humanos es posible gracias a la jerarquía que adquiere el principio *pro homine* por encontrarse contenido en la Constitución y en tratados internacionales.

Desde esa perspectiva, es posible observar que el principio *pro homine* no desplaza ni resulta incompatible con la jerarquía en términos absolutos, sino que se aprovecha de la jerarquía e incluso la complementa³⁰ por dos razones principales:

En primer término, el principio *pro homine* se encuentra contenido en la Constitución y en los tratados internacionales, por lo cual debe interpretarse en forma sistemática con toda la lógica del sistema de fuentes previsto en la norma suprema, sin que por ello la presencia del principio *pro homine* deba desconocer en términos absolutos el sistema de jerarquía de fuentes previsto en la norma suprema, tomando en cuenta que ambas normas constitucionales deben armonizarse.

Asimismo, gracias a la jerarquía constitucional e internacional del principio *pro homine*, es capaz de desplegar las referidas propiedades de relativa garantía y control frente al poder de reforma, a la SCJN y al derecho internacional; es decir, gracias a su jerarquía es un principio vinculante para todos los poderes públicos emanados de la norma suprema (poderes públicos pertenecientes a todos los órdenes jurídicos —constitucional, federal, local, Distrito Federal y municipal—).

En esa tesitura, el hecho de que deba prevalecer en los casos concretos la norma o el significado normativo más proteccionista, no implica tanto renunciar a la jerarquía de una vez por todas, sino entender que las normas constitucional e internacional que han incorporado el principio *pro homine* son las normas aplicables —por razón de jerarquía y de especialidad dado su contenido material— para resolver temas en que se hallen implicados derechos humanos.

En segundo término, el principio *pro homine* no desplaza, sino complementa, la jerarquía normativa, toda vez que, actualmente por virtud del

³⁰ En la realidad política, por otra parte, las acciones invasivas de los titulares de los órganos de poder frecuentemente intentan opacar e incluso reducir a su mínima expresión los controles, pero no a cancelarlos por completo y de manera definitiva. El constitucionalismo contemporáneo cuenta con instrumentos, entre ellos los de control, adecuados al propósito de regular el ejercicio del poder; estos instrumentos deben actuar de manera complementaria, y no ser considerados como opciones excluyentes. Valadés, Diego, “Constitución y control político”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa, 2000, pp. 343 y 344.

principio *pro homine* el control de regularidad constitucional y convencional se ha visto complementado y expandido, ya que anteriormente su objetivo exclusivamente se centraba en constituir una garantía frente al *sistema jurídico secundario* (legislador, jueces y autoridades de los órdenes jurídicos parciales); mientras que ahora, es una garantía de los derechos humanos también, en cierto grado, frente al *sistema jurídico primario* (orden jurídico constitucional), es decir, frente a la propia Constitución (Poder de Reforma, SCJN y frente al derecho internacional). Si bien no se dota al juzgador de la facultad para desaplicar restricciones constitucionales que estime inconstitucionales³¹ o inconventionales; sin embargo, sí cuenta con la facultad (interpretativa) de excluir significados normativos (autoritarios), para adjudicar significados normativos sistemáticos y acordes al cumplimiento de los derechos reconocidos constitucional e internacionalmente, e inclusive, desde nuestra perspectiva, para dejar de aplicar *restricciones constitucionales expresas* que resulten inconventionales a la luz de una clara e inequívoca sentencia internacional condenatoria en contra del Estado mexicano.³²

V. EL PRINCIPIO *PRO HOMINE* FRENTE A RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES EXPRESAS Y EN SITUACIONES DE CONFLICTO ENTRE DERECHOS HUMANOS

Se ha objetado el principio *pro homine* bajo el argumento de que existen *restricciones constitucionales expresas* que el juzgador no podría desaplicar, pues los jueces deben respetar el texto de la norma suprema al cual se deben y del cual emana su propia existencia. Asimismo, se han alzado voces para afirmar que el principio *pro homine* poca luz irradia o nada soluciona, toda vez que siempre existen dos o más partes en los procesos judiciales, de forma que la aplicación de dicho principio *pro persona* es subjetiva y presenta riesgo de parcialidad ante la incertidumbre sobre la definición relativa a cuál de las dos partes tendría que beneficiar tratándose de intereses contrapuestos.

Pensamos que hay que distinguir tres supuestos principales: primero, cuando se trata de conflictos entre el principio *pro homine* frente a *restric-*

³¹ Nueva Ley de Amparo. Artículo 61. El juicio de amparo es improcedente: I. Contra adiciones o reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

³² Véase Silva García, Fernando, *Derechos Humanos. Efectos de las sentencias internacionales*, México, Porrúa, 2007.

ciones constitucionales expresas; segundo, cuando se trata de conflictos entre derechos humanos y orden público e interés general; tercero, cuando se trata de verdaderos conflictos entre dos o más derechos humanos de las partes.

1. *Conflicto entre derechos humanos y restricciones constitucionales expresas (modulación de la dimensión normativa del principio pro homine)*

Recientemente, el Pleno de la SCJN en la C.T. 293/2011 resuelta el 3 de septiembre de 2013, esclareció algunos alcances de la coexistencia entre derechos humanos de fuente nacional e internacional y las llamadas *restricciones constitucionales expresas*, a la luz de la reforma constitucional del año 2011. No obstante, con anterioridad, en el año 2007, el Pleno de la SCJN había reconocido que las relaciones entre las entonces llamadas “garantías individuales” y sus límites deben resolverse a la luz de los principios de proporcionalidad y razonabilidad jurídica, en la jurisprudencia siguiente:

GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA. De los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación se advierte que el cumplimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad implica que al fijar el alcance de una garantía individual por parte del legislador debe: a) perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) ser adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido; c) ser necesaria, es decir, suficiente para lograr dicha finalidad, de tal forma que no implique una carga desmedida, excesiva o injustificada para el gobernado; y, d) estar justificada en razones constitucionales. Lo anterior conforme al principio de legalidad, de acuerdo con el cual el legislador no puede actuar en exceso de poder ni arbitrariamente en perjuicio de los gobernados.³³

³³ Jurisprudencia, 9a. Época, Pleno, *S.J.F. y su Gaceta*, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 8. Amparo en revisión 2146/2005. 27 de febrero de 2007. Mayoría de ocho votos. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Genaro David Góngora Pimentel y Mariano Azuela Güitrón. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Encargada del engrose: Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretarios: Fernando Silva García y Alfredo Villeda Ayala. Amparo en revisión 810/2006. 27 de febrero de 2007. Mayoría de ocho votos. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Genaro David Góngora Pimentel y Mariano Azuela Güitrón. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretarios: Fernando Silva García y Alfredo Villeda Ayala. Amparo en revisión 1285/2006. 27 de febrero de 2007. Mayoría de ocho votos. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Genaro David Góngora

El artículo 1o. constitucional, en la parte relativa a las restricciones a derechos humanos, establece lo siguiente:

Artículo 1o.

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Ha sido complejo establecer si las *restricciones constitucionales expresas* a los derechos humanos son excepciones a la regla general del principio *pro homine*; o bien si el principio *pro homine* es la excepción a la regla de las restricciones expresas contenidas en la norma suprema, máxime que ambas normas están plasmadas en un mismo momento constituyente.

Asimismo, podríamos advertir que existe un principio en diversas latitudes que justifica la modulación del control judicial de la obra del legislador democrático, a través de distintas técnicas (centralización absoluta, relativa, principio de interpretación conforme, relativización de los efectos de las sentencias, entre otros); lo cual resulta de mayor justificación cuando son las normas constitucionales las que son materia de control judicial.³⁴ Se ha pensado que sería muy grave que un juez (poder constituido) desaplicara una norma (restricción) constitucional expresa (diseñada por los representantes populares de todo el Estado mediante votación calificada), a partir de su propio criterio interpretativo de las normas internacionales sobre derechos humanos (autorizadas por el Senado por mayoría simple), especialmente considerando el carácter indeterminado de aquéllas y particularmente cuando es inexistente algún criterio jurisprudencial convencional a esos efectos. Es también muy grave, lo hemos

Pimentel y Mariano Azuela Güitrón. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Carmina Cortés Rodríguez. Amparo en revisión 1659/2006. 27 de febrero de 2007. Mayoría de ocho votos. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Genaro David Góngora Pimentel y Mariano Azuela Güitrón. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Carmina Cortés Rodríguez. Amparo en revisión 307/2007. 24 de septiembre de 2007. Mayoría de ocho votos. Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Genaro David Góngora Pimentel y Mariano Azuela Güitrón. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Manuel González Díaz. El Tribunal Pleno, el quince de octubre en curso, aprobó, con el número 130/2007, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a 15 de octubre de 2007.

³⁴ Véase Ferreres Comella, Víctor, "Integración europea y crisis del modelo centralizado de justicia constitucional", *Revista Vasca de Administración Pública*, 65 (II), 2003. Del mismo autor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CEPC, 1997.

dicho, que se constitucionalizara el autoritarismo, y que la Constitución se “utilizara” como continente de una voluntad que en forma autoevidente resulta antagónica a los intereses de la persona humana, a pesar de que en esa tarea intervengan las ramas representativas del Estado, particularmente en momentos en que la partidocracia es un riesgo latente dentro del Estado contemporáneo. Si no hay democracia (en el autoritarismo) difícilmente se puede ser contramayoritario.³⁵ Al tiempo que, en todo caso, no debemos olvidar que la eficacia de los tratados sobre derechos humanos aprobados por mayoría simple por el Senado ha sido reforzada por el principio *pro homine* y la apertura constitucional al derecho internacional introducida (por mayoría cualificada) en el artículo 1o. de la norma suprema.

Es muy claro que la Constitución contempla diversas *restricciones constitucionales expresas* a los derechos humanos. Tanto las *restricciones constitucionales expresas* como los derechos humanos y el principio *pro homine* están reconocidos en la norma suprema, lo que exige un particular balance interpretativo para su mutua coexistencia, especialmente en caso que las restricciones constitucionales persigan una finalidad legítima. A final de cuentas siempre es vital un equilibrio adecuado entre democracia formal y democracia sustantiva. Las *restricciones constitucionales expresas* no desaparecen a partir de la introducción del principio *pro homine* en la norma suprema. Sin embargo, las *restricciones constitucionales expresas* no son absolutas, es decir, no constituyen figuras metaconstitucionales, ni tampoco son susceptibles de vaciar de contenido los derechos, libertades y garantías considerados en la norma suprema. Todas las *restricciones constitucionales expresas*, inclusive en nuestra particular democracia, están rodeadas de garantías y derechos que deben observarse para que la aplicación de aquéllas resulte válida. Por ejemplo, la orden de cateo será válida solamente si está fundada y motivada y su objeto es delimitado por la autoridad competente (inconstitucionalidad de la orden genérica); la expropiación será válida, actualmente, si respeta el derecho de audiencia previa; el arraigo penal será válido si está fundado y motivado y respeta el contenido esencial del principio de presunción de inocencia; la separación de policías requiere de la existencia de una orden escrita (no verbal) de autoridad existente y competente, entre otras. Por tanto, el alcance de las *restricciones*

³⁵ Si no hay democracia (en el autoritarismo) difícilmente se puede ser contramayoritario. El control judicial es un sistema enfocado en los derechos y libertades, más que en la participación; un sistema que trata de minimizar la tiranía, más que de maximizar la participación. Brown, Rebecca L., “Accountability, Liberty, and the Constitution”, *Columbia Law Review*, vol. 98, núm. 3, 1998.

constitucionales expresas debe definirse en forma casuística, sistemáticamente y a la luz de los derechos y garantías que condicionan la validez de su aplicación en los casos concretos.

En ese orden de ideas, es posible afirmar que las *restricciones constitucionales expresas* no desaparecen a partir del principio *pro homine*, tampoco podríamos señalar que los jueces deban desaplicarlas a la luz de su propio criterio interpretativo. Sin embargo, los derechos humanos de fuente nacional e internacional conforman el parámetro de validez de toda la actuación pública. Ese estado de cosas genera que los juzgadores se encuentren obligados a exigir que las *leyes secundarias de desarrollo* y los *actos de aplicación* de las *restricciones constitucionales expresas* observen las condiciones de validez (legales, internacionales y constitucionales) exigidas a esos efectos, so pena que tales *leyes secundarias de desarrollo* sean inaplicadas y los *actos de aplicación* (decreto expropiatorio, orden de cateo, orden de arraigo, etcétera) sean declarados inválidos en los casos concretos.

De esa manera, la dimensión interpretativa del principio *pro homine* es aplicable a todos los órdenes jurídicos (constitucional, federal, local, Distrito Federal y municipal) respecto de la actuación de todos los poderes públicos (incluida la Constitución misma y las *restricciones constitucionales expresas*), ya que tanto el parámetro de validez conformado por las normas sobre derechos humanos de fuente nacional e internacional, como también las *restricciones constitucionales expresas*, forman parte, horizontalmente, del mismo orden jurídico constitucional, con similar jerarquía, cuyo significado y alcance debe desentrañarse en forma sistemática, teleológica, progresiva y de acuerdo también al principio *pro homine* introducido en la propia norma constitucional, por constituir los métodos aceptados para definir el sentido de cualquier norma que forme parte de dicho sistema constitucional.

Sin embargo, la dimensión normativa del principio *pro homine* o deber de desaplicación de normas contrarias a derechos humanos es aplicable a todos los órdenes jurídicos (constitucional, federal, local, Distrito Federal y municipal) respecto de casi toda la actuación de todos los poderes públicos, excepto frente a las *restricciones constitucionales expresas* del Constituyente y del poder de reforma, ya que los jueces y los operadores jurídicos, por regla general, no estarían en posibilidad de desaplicarlas en los casos de su conocimiento.

En esa línea de pensamiento, la vertiente normativa del principio *pro homine* (posibilidad judicial de desaplicar la norma restrictiva frente a la norma garantista) se vería modulada tratándose de *restricciones constitucionales expresas*, respecto de las cuales, en principio, solo operaría la vertien-

te interpretativa de dicho principio (posibilidad de interpretar la *restricción constitucional expresa* a la luz de las garantías y derechos que la rodean con el mayor beneficio para la persona humana); vertiente interpretativa que adquiere efectos prácticos al momento en que la *restricción constitucional expresa* se individualiza en los casos concretos, momento en el cual el juzgador sí tiene la posibilidad de declarar la invalidez de la *ley secundaria de desarrollo* o del *acto de aplicación* respectivo (decreto expropiatorio, orden de cateo, orden de arraigo), aunque no de la norma constitucional que lo fundamenta, cuando dicha *ley secundaria de desarrollo* o el *acto de aplicación* sea irrespetuoso de los estándares constitucionales e internacionales de derechos humanos, habida cuenta que quienes emiten dichos actos de individualización son poderes públicos constituidos (no ya el poder de reforma) vinculados por los derechos humanos de fuente nacional e internacional.

Así, solo el juez internacional podría —no desaplicar la *restricción constitucional expresa*— aunque sí declarar los actos del Estado que la han establecido contrarios a los derechos humanos de producción externa aplicables, momento en el cual el poder de reforma y todos los poderes públicos implicados habrían de actuar en consecuencia. Es en este momento en que, por excepción, la vertiente normativa (desaplicación por el juez nacional) del principio *pro homine* podría actualizarse tratándose de *restricciones constitucionales expresas*. Excepcionalmente, desde nuestro punto de vista, el juez nacional podría desaplicar una *restricción constitucional expresa* ante la existencia de una sentencia condenatoria de la Corte IDH contra el Estado mexicano que declare la inconvencionalidad de los actos del Estado que han introducido dicha *restricción constitucional expresa*.

Como se ha dicho, el Pleno de la SCJN en la C.T. 293/2011 resuelta el 3 de septiembre de 2013 estableció un pronunciamiento complejo con respecto a la coexistencia entre derechos humanos de fuente nacional e internacional con las llamadas *restricciones constitucionales expresas*. Creemos que el grado de complejidad y el consenso inestable que contiene la decisión de la SCJN generará que sus alcances sean interpretables, incluso por los propios ministros, a lo largo de casos futuros. Como se sabe, resulta casi imposible que el intérprete de una obra excluya elementos subjetivos. Reconociendo ese hecho, y ante la necesidad de generar debate en torno a los temas relevantes de la contradicción de tesis, con base en el análisis expuesto y a la viabilidad jurídica de las cuestiones respectivas, proponemos que la C.T. 293/2011 resolvió lo siguiente: i) los derechos humanos de fuente nacional e internacional conforman el parámetro de validez de la actuación pública de todos los órdenes jurídicos; ii) los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen rango constitucional,

siendo que, por 6 votos contra 5, la SCJN estableció que la jurisprudencia de la Corte IDH tiene carácter vinculante, en los términos del sistema del cual emana; *iii*) a la luz del principio *pro homine* (dimensión normativa), por regla general, los operadores jurídicos deben elegir la norma más favorable a los derechos humanos en caso de conflicto. Por excepción, los jueces tienen prohibido desaplicar *restricciones constitucionales expresas*; *iv*) de conformidad con el principio *pro homine* (dimensión interpretativa), los jueces y operadores jurídicos deben elegir la interpretación más favorable a los derechos humanos, incluso tratándose de *restricciones constitucionales expresas*;³⁶ *v*) de acuerdo a los artículos 1o., 103 y 133 constitucionales, el juzgador tiene la posibilidad de declarar la inaplicación de las leyes secundarias de desarrollo o la invalidez de los actos concretos de aplicación de las *restricciones constitucionales expresas* (por ejemplo, del decreto expropiatorio, de la orden de cateo, de la orden de arraigo o de la ley secundaria de desarrollo) en caso que dichas *leyes secundarias de desarrollo* o *actos de aplicación* violen estándares constitucionales e internacionales.

2. *Conflicto entre derechos humanos y “orden público”*

La Corte IDH ha subrayado que no debe invocarse el “orden público” o el “bien común” como medio para suprimir un derecho garantizado en la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real. Esos conceptos, señala la Corte IDH, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las “justas exigencias” de “una sociedad democrática” que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención.³⁷ En ese orden de ideas, cuando se invoque por la autoridad el orden público o el interés general para restringir derechos fundamentales, el juzgador deberá analizar si la restricción (la cual debe interpretarse restrictivamente de acuerdo al principio *pro homine*) respeta los principios constitucionales de ra-

³⁶ Este tema podría suscitar dudas. Si no se admitiera dicho enunciado (en atención a la postura del bloque conservador), cuando menos, el juez y operador jurídico tendría la posibilidad de interpretar el alcance de la *restricción constitucional expresa* a la luz de los derechos humanos y garantías de fuente nacional, reconocidas en el propio texto constitucional. Este matiz podría contradecir el principio enunciado como 1.

³⁷ La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva 5/85 del 13 de noviembre de 1985, serie A, 5.

zonabilidad y proporcionalidad jurídica,³⁸ y al respecto deberá verificar que dicha restricción: *a)* persiga una finalidad constitucionalmente legítima; *b)* sea adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido; *c)* sea necesaria para lograr dicha finalidad, de tal forma que no implique una carga desmedida, excesiva o injustificada para el gobernado, y *d)* estar justificada en razones constitucionales.³⁹

3. *Conflicto entre derechos humanos*

Nótese que en muchas ocasiones no vamos a encontrarnos ante un verdadero conflicto entre derechos. Sobre el tema, el intérprete debe ser cuidadoso en delimitar los contornos de cada derecho fundamental, tomando en cuenta que muchos de estos aparentes conflictos son en realidad interpretaciones deficientes de los límites inmanentes o definitorios de los alcances reales de cada uno de los derechos. Por ejemplo, es muy común pensar que el derecho al debido proceso y a la presunción de inocencia del inculcado en materia penal entra en conflicto frontal con los derechos fundamentales de las víctimas del hecho delictuoso. Sin embargo, los derechos de las víctimas frente a los derechos del procesado únicamente entran en conflicto cuando la parte sentenciada ha tenido oportunidad defensiva plena, está desvirtuada su inocencia y sabemos que es en realidad el responsable del hecho delictuoso. De manera que en ciertas etapas procesales iniciales e intermedias, en realidad los derechos de las víctimas no entran en conflicto con los derechos del procesado, sino en todo caso pueden invocarse frente a las autoridades ministeriales en clave del derecho a una investigación efectiva, del derecho a la verdad, etcétera. Los derechos de las víctimas no tienen el alcance de sancionar al falso culpable y por ello tampoco al sujeto indefendido o inaudito, a aquel sujeto respecto del cual no se tiene la certeza de que resulta el verdadero responsable de la comisión del delito en su perjuicio. Es por ello muy importante que el intérprete, en

³⁸ Se ha sostenido, desde hace tiempo, la necesidad de *privilegiar la discrecionalidad de los jueces*, por ejemplo en las decisiones en que es necesaria una ponderación entre el orden público y el interés del quejoso en el juicio de amparo. Véase Zaldívar, Lelo de Larrea, Arturo, *Hacia una Nueva Ley de Amparo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 92.

³⁹ GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA (Tesis: P./J. 130/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 8).

la aplicación del principio *pro homine*, no caiga en confusiones a partir de la predisposición de un aparente conflicto entre derechos fundamentales.

Dicho esto, es posible establecer que cuando el juzgador se enfrente con que la aplicación del principio *pro persona* generará la preferencia de un derecho fundamental en detrimento de los derechos fundamentales de terceros (persona humana), deberá aplicar la fuente que contenga la ponderación⁴⁰ que represente la mayor eficacia para todos los derechos humanos en conflicto. Es decir, cuando se presente un verdadero escenario de confrontación entre la protección de los derechos humanos de una persona frente al mismo o diversos derechos humanos de otra u otras personas, el juzgador tendría que aplicar el principio *pro homine* en un sentido integral; dirigido a que prevalezca *el equilibrio más adecuado*, entre todos los derechos fundamentales en conflicto; equilibrio derivado de la norma suprema, del derecho internacional o de la armonización de ambos, que garantice en la mayor medida posible un espacio para todos los derechos confrontados, por lo cual resultaría inconstitucional/inconvenional que el juzgador optara por la preferencia absoluta e incondicional de uno de los derechos fundamentales en detrimento arbitrario de los demás derechos y libertades implicados,⁴¹ de manera que los bienes jurí-

⁴⁰ CONFLICTOS ENTRE NORMAS CONSTITUCIONALES. CORRESPONDE A LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN RESOLVERLOS EN CADA CASO CONCRETO. Dada la estructura de las normas constitucionales es posible que existan supuestos en los que éstas entren en conflicto. Esto es especialmente cierto en el caso de los derechos fundamentales, que pueden entrar en colisión porque en diversos supuestos no se contemplan expresamente todas sus condiciones de aplicación. La labor de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación consiste en precisar, a través de la resolución de casos concretos, las condiciones de precedencia de las normas constitucionales en conflicto. En este sentido, cuando tienen lugar contradicciones entre distintos principios constitucionales con motivo de situaciones concretas se utilizan distintas técnicas argumentativas, como la ponderación, que permiten resolver este tipo de problemas. (Tesis: 1a. XCVII/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XXXII, agosto de 2010, materia(s): común, p. 357).

⁴¹ Ejemplo de sentencias que han declarado inconstitucional decisiones que cargan la balanza hacia uno de los derechos en conflicto desconociendo otros derechos: DERECHO A LA INFORMACIÓN MEDIOAMBIENTAL. SON INCONSTITUCIONALES LOS ACTOS DE AUTORIDAD QUE DENIEGAN, EN FORMA ABSOLUTA, LA OBTENCIÓN DE AQUÉLLA. De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 4o. y 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte la existencia de un derecho fundamental a la información medioambiental, tomando en cuenta que la posibilidad de prevenir efectos negativos sobre el medio ambiente que dañen a los individuos y a la colectividad, precisa de la obtención de información oportuna, idónea y necesaria y que el medio ambiente adecuado, además de estar reconocido como derecho protegido constitucional e internacionalmente, constituye el contexto espacial de subsistencia para el desarrollo

dicos protegidos sean coordinados de modo que en la solución del problema todos ellos conserven su entidad.⁴²

VI. PRINCIPIO *PRO HOMINE* Y AUTORITARISMO DEMOCRÁTICO: LA NORMA AUTORITARIA PERFECTA

La pregunta del alumno incómodo sería la siguiente: ¿El principio *pro homine* excluye la posibilidad consistente en que el poder de reforma (y la

y disfrute de los demás derechos esenciales del hombre (vida, salud e integridad personal, entre otros). Ese estado de cosas impone reconocer que el derecho a la información medioambiental conlleva el deber a cargo de los poderes públicos (legislador, juzgadores y autoridades administrativas), en el sentido de establecer las medidas idóneas para que la información sobre cuestiones medioambientales esté siempre disponible para la sociedad (principio interpretativo de máxima publicidad y transparencia), de donde resulta que son inconstitucionales las resoluciones que denieguen en forma absoluta la obtención de información medioambiental, a pesar de que ello pretenda justificarse en otros intereses legal y constitucionalmente protegidos (derecho a la vida privada de las personas), tomando en cuenta que la protección de una garantía individual no debe llevar al extremo de nulificar el contenido esencial de otra, si se considera que ambas tienen la misma jerarquía normativa y que siempre es posible excluir de la información medioambiental los datos confidenciales de las personas implicadas. [TA]; 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXII, Agosto de 2010; Pág. 460. Amparo en revisión 1922/2009. Met-Mex Peñoles, S.A. de C.V. y otra. 30 de junio de 2010. Cinco votos. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretario: Fernando Silva García. Véase otro ejemplo en Ursula Vianney Gómez Pérez. Inconstitucionalidad de la prohibición total del aborto, cuando su regulación legal omite toda consideración a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. (Sentencia C-355/06, Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia). Libertad Reproductiva. *Garantismo Judicial*. Porrúa, 2011. De esa manera, el juzgador deberá aplicar el *principio de concordancia práctica* según el cual, los bienes y valores protegidos por la Constitución y en los Tratados Internacionales deben ser armonizados en la decisión, sin que la protección de unos (a través del principio *pro persona*) entrañe el desconocimiento o sacrificio de otros involucrados, siempre dotando la mayor eficacia posible a todos los derechos en conflicto. Véase DERECHOS CONSTITUCIONALES. LA VINCULACIÓN DE SUS LÍMITES EN EL ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA SECUNDARIA. (Tesis: I.1o.A.100 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XVIII, Novena Época, noviembre de 2003, materia(s): administrativa, p. 955). INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. AL FIJAR EL ALCANCE DE UN DETERMINADO PRECEPTO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DEBE ATENDERSE A LOS PRINCIPIOS ESTABLECIDOS EN ELLA, ARRIBANDO A UNA CONCLUSIÓN CONGRUENTE Y SISTEMÁTICA. (Tesis: P. XII/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, febrero de 2006, Materia(s): Constitucional, p. 25). Asimismo véase la sentencia del Tribunal Constitucional Español 154/2002.

⁴² Hesse, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, CEC, 1992, p. 45.

SCJN) introduzcan y convaliden figuras autoritarias? La respuesta es negativa, desde luego.

En la C.T. 293/2011, hemos visto que muchos ministros votaron por mantener las *restricciones constitucionales expresas* frente a los derechos de la persona humana. Creemos que solamente dos órganos del Estado (vinculados en buena medida por el principio *pro homine*) podrían con mayor facilidad distorsionar dicho principio y eludirlo en un grado importante: el poder de reforma y la SCJN, especialmente tratándose de temas en que sea inexistente un pronunciamiento jurisprudencial internacional vinculante.

El poder de reforma podría suprimir el artículo 1o. constitucional.⁴³ Asimismo, podría incorporar figuras esencialmente autoritarias en la Constitución que, con una buena técnica legislativa, resultarían a prueba de control interpretativo a la luz del principio *pro homine*, dando lugar a la *norma constitucional autoritaria perfecta*. Frente a la supresión regresiva no podría hacerse mucho, así como tampoco hay remedio cuando el autoritarismo deja sin efecto la democracia. Sin embargo, frente a la incorporación selectiva de figuras autoritarias en la norma suprema, como hemos dicho, los juzgadores comprometidos, en cumplimiento al principio *pro homine*, pondrían a prueba la figura autoritaria y definirían su debido alcance mediante una interpretación constitucional integrativa⁴⁴

⁴³ En todo sistema con Constitución rígida, necesariamente existen límites formales a las leyes constitucionales o de reforma constitucional, en el sentido de que la Constitución (siendo rígida) dicta reglas sobre el procedimiento de reforma: si no lo hiciera, no sería rígida. La cosa más interesante, sin embargo, es que, algunos sistemas constitucionales, existen límites sustanciales, de contenido, a las leyes constitucionales, de forma que la Constitución autoriza su reforma en general, por al mismo tiempo prohíbe absolutamente la reforma de una parte determinada (por ejemplo, sustrae a la reforma las normas que determinan la “forma” de Estado. En suma, la Constitución impone límites sustanciales a las leyes de reforma. Ahora bien, en tales circunstancias, la cuestión es saber si la cláusula constitucional que prohíbe la reforma puede ser, reformada (derogada) o no. La verdad es que la Constitución no puede al mismo tiempo, autorizar y prohibir su propia reforma. Guastini, Riccardo, La Constitución como límite a la legislación. Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución*. México, Porrúa, 2000, pp. 243-245.

⁴⁴ Cabe hacer referencia a la metodología propuesta por Dworkin, la llamada “*constitutional integrity*”, que apostaría porque cada interpretación de las cláusulas sea congruente con la estructura del conjunto de la Constitución y con las interpretaciones anteriores dadas por la Corte Suprema. Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, EUA, Harvard University Press, 1988. Los jueces deben encontrar la mejor concepción de los principios morales constitucionales. Dworkin, Ronald, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, EUA, Harvard University Press, 1996. Véase un análisis en Comanducci, Pablo, “Modelos e interpretación de la Constitución”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa, 2000, p. 148.

conforme al método teleológico,⁴⁵ sistemático, progresista⁴⁶ y *pro homine* de la norma suprema y los tratados internacionales.⁴⁷ Esto ya ha sucedido. Por ejemplo, a pesar de que la regulación de la expropiación no establece expresamente que debe mediar audiencia previa, la SCJN lo estableció jurisprudencialmente a partir de la interpretación sistemática de los artículos 27 y 14 de la norma suprema.⁴⁸

Sin embargo, por otro lado, es verdad que podría surgir un escenario reactivo, una contrarreforma jurisprudencial, en la cual la SCJN descon siderara el artículo 1o. constitucional e inobservara el principio *pro homine* al adjudicar sentido a los derechos fundamentales en su jurisprudencia.⁴⁹ Solamente el ejercicio serio de la facultad de nombramiento de los inte-

⁴⁵ Intentando conciliar el principio democrático y los derechos fundamentales, Rubio Llorente afirma que la interpretación teleológica de las normas constitucionales exige, sin embargo, que, junto a la finalidad de la norma, se tenga en cuenta el *telos* de la Constitución, y éste, apunta el autor, como he intentado demostrar antes, es la creación y mantenimiento de un orden abierto, de una sociedad abierta, en donde la voluntad popular no tiene otras limitaciones que las de mantener abiertas todas las posibilidades. Ello impone, como es claro, el respeto total a la dignidad de la persona y a su libertad, que todo orden cerrado niega. El *telos* de la Constitución es la posibilidad de la alternativa, la habilitación de procedimientos que aseguren al disidente el camino de la mayoría. Sólo por ese camino se alcanza una convivencia democrática es decir una convivencia en la justicia y la paz que es el fin supremo del derecho y, por eso, el *telos* inmediato de su expresión más alta de la Constitución. Rubio Llorente, Francisco, “La Constitución como fuente de derecho”, Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa, 2000, pp. 175 y 176.

⁴⁶ De lo expuesto, parece posible afirmar que la interpretación sistemática y progresiva de los derechos fundamentales son los métodos que siempre deben estar presentes para desentrañar su correcto sentido. Esto es así, en la medida en que la aproximación sistemática permite tomar en cuenta una visión integral del texto (desde el punto de vista generacional y normativo), mientras que el entendimiento progresivo hace posible una lectura pragmática y presente del contenido de los derechos fundamentales. A ese respecto, se ha hecho referencia al tema relativo a la interpretación del texto constitucional como un problema de síntesis intergeneracional —a manera de diálogo en el tiempo— destacando que dentro del texto de la Constitución conviven diversas normas, creadas con diferentes propósitos en distintos momentos constitucionales, por lo que el intérprete debe integrar todos esos sentidos al momento de individualizar la norma respectiva, atendiendo también al contexto histórico del presente. Ackerman, Bruce, *We the People 1. Foundations*, UK, The Belknap Press of Harvard University Press, 1991, pp. 85-96, 113-115.

⁴⁷ Hesse, Konrad, *Escritos de Derecho...*, cit., p. 45.

⁴⁸ Hasta el caso A.R. 1133/2004, resuelto el 16 de enero de 2006, el Pleno de la SCJN revirtió su anterior jurisprudencia y reconoció la eficacia directa de la garantía de previa audiencia frente a los actos expropiatorios.

⁴⁹ Sobre los retos frente a las paradojas jurisprudenciales, véase Silva Meza, Juan y Silva García, Fernando, *Derechos fundamentales. Bases para la reconstrucción de la jurisprudencia constitucional*, 2a. ed., México, Porrúa, 2012.

grantes del alto tribunal podría evitar dicha posibilidad.⁵⁰ Sin embargo, en caso de que ocurriera una situación de contrarreforma ello podría generar que los jueces inferiores, comprometidos con su función, comenzaran a familiarizarse más con la jurisprudencia internacional, en atención a que la falta de consideración deliberada al artículo 1o. constitucional podría deslegitimar paulatinamente la actuación de la SCJN en sus funciones interpretativas. Desde cierta perspectiva, si la SCJN comenzara a interpretar las normas sobre derechos fundamentales en forma deliberadamente restringida, correría el riesgo de afectar su legitimidad judicial frente a muchos jueces y tribunales inferiores. De manera que ante dicho escenario, una *perspectiva idealista u optimista* podría consistir en que los jueces inferiores (comprometidos con su deber constitucional) se vieran orillados y posibilitados (en muchos casos) a neutralizar esa especie de jurisprudencia reduccionista del alto tribunal aplicándola en su mínima expresión e incluso desplazándola a través de la preferencia de diversa jurisprudencia constitucional garantista o bien de la jurisprudencia internacional que resultara adecuada para regular el caso concreto,⁵¹ lo cual,

⁵⁰ Al respecto, una línea de investigación interesante podría consistir en el análisis de la conveniencia de ciudadanizar la facultad de nombramiento de los órganos constitucionales, como la SCJN, de manera que se evite que quede en manos de los poderes controlados la elección de los integrantes del órgano controlador. En distintas ocasiones se ha reconocido la necesidad de modificar el sistema: “En su proyecto de reforma del Estado, la dirigencia nacional del PRI se pronuncia por ‘acotar’ la facultad del Ejecutivo federal en el nombramiento de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). En el documento, entregado al Senado, se enfatiza la necesidad de garantizar “un ejercicio democrático” que “enriquezca con visiones distintas” la integración del máximo tribunal de justicia del país... Para acotar el poder del Ejecutivo federal en el nombramiento de los ministros, el CEN del PRI sugiere que solo puedan enviarse propuestas que emanen con número de candidatos ya predeterminados en la ley por la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia, el Consejo de la Judicatura Federal y la Colegiación de Universidades e Institutos de Educación Superior en el Campo del Derecho. ‘Pueden ser dos o tres por cada proponente, con reglas claras para que no sólo sean propuestas que representen a su gremio, sino a personajes destacados en el ámbito del derecho’. El *tricolor* aclara que un sistema similar se aplicó al inicio de la vida constitucional de la SCJN, el cual ante la pluralidad de proponentes produjo retrasos en la integración de la Corte misma. Sin embargo, ‘el objetivo subyacente de la propuesta consiste en cumplir realmente el propósito democrático e imparcial de su integración’. Véase Velasco, Elizabeth, *La Jornada*, 29 de mayo de 2007. <http://www.jornada.unam.mx/2007/05/29/index.php?section=politica&article=008n1pol>. Véase también Astudillo, César, “El nombramiento de los ministros de la Suprema Corte de Justicia en México”, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2894/16.pdf>.

⁵¹ Recordemos que los precedentes vinculantes de los tribunales superiores tienen que ser puestos a prueba por los jueces ordinarios en cada nuevo contexto; a ellos corresponde analizar el nivel de generalidad y abstracción del precedente del tribunal superior,

si bien es verdad que no excluiría del todo esa posibilidad regresionista por provenir de la SCJN, sí podría contrarrestarla en gran medida, en muchos casos concretos.

En ese sentido, cabe recordar que el juez inferior siempre es quien tiene la facultad de analizar la aplicabilidad de la jurisprudencia al caso de su conocimiento, por lo que ante una situación de jurisprudencia reduccionista deliberada proveniente de la SCJN, el juzgador podría aplicar un criterio minimalista⁵² en torno al grado de generalidad (obligatoriedad) de aquélla de forma que el criterio resulte vinculante sólo en cuanto se trate de aplicaciones que puedan considerarse idénticas y ante la ausencia de diversa jurisprudencia constitucional garantista o de jurisprudencia internacional aplicable. En ese sentido, la jurisprudencia nacional reduccionista de la SCJN podría ser dejada de lado cuando el juez inferior encuentre que las circunstancias fácticas del caso concreto son diferentes (y no idénticas); o bien, desde luego, ante la presencia de diversa jurisprudencia constitucional garantista o de jurisprudencia internacional aplicable, que resulte más benéfica para la persona humana,⁵³ lo cual podría actualizarse no sólo frente a criterios reduccionistas anteriores a la reforma sino también posteriores a ella.⁵⁴

así como decidir sobre su aplicabilidad o no (*distinguishing*) en el caso de su conocimiento, de manera motivada, según lo impone el derecho a la tutela judicial efectiva. Stone, Julius, “The Ratio of the Ratio Decidendi”, *Modern Law Review*, vol. 22, 1959, pp. 602-610.

⁵² *Idem.*

⁵³ Véase también Rubio Llorente, Francisco, “La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8, núm. 22, 1988.

⁵⁴ Un ejemplo: SUPLENCIA DE LA QUEJA EN LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS DE LA VÍCTIMA U OFENDIDO EN EL JUICIO DE AMPARO EN MATERIA PENAL. OPERA CONFORME AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD (INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 76 BIS, FRACCIÓN II, DE LA LEY DE AMPARO Y DE LAS TESIS 2a. CXXXVII/2002 Y 1a./J. 26/2003). De conformidad con los artículos 1o. y 133, ambos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (el primero en su texto vigente a partir del 11 de junio de 2011), los Jueces nacionales deben inicialmente respetar los derechos humanos establecidos en la Constitución Federal y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte. Asimismo, deben acudir tanto a los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación como a los establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para evaluar si existe algún derecho que resulte más favorable y procure una protección más amplia del que se pretende proteger. En este sentido, en ejercicio del control de convencionalidad, lo dispuesto en el artículo 76 Bis, fracción II, de la Ley de Amparo, y en las tesis 2a. CXXXVII/2002 y 1a./J. 26/2003, de rubros: “OFENDIDO EN MATERIA PENAL. NO SE ACTUALIZA EN SU FAVOR LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE.” y “OFENDIDO EN MATERIA PENAL. NO PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 76 BIS, FRACCIÓN II, DE LA LEY DE AMPARO A FAVOR DE AQUÉL

Ahora bien, bajo una diversa perspectiva, pesimista o realista, también es verdad que el escenario reduccionista de derechos humanos proveniente del poder de reforma (cuando introduce figuras autoritarias) y la SCJN (cuando convalida jurisprudencialmente la figura autoritaria)⁵⁵

CUANDO COMPAREZCA COMO QUEJOSO EN EL JUICIO DE GARANTÍAS”, publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVI, noviembre de 2002, página 449 y Tomo XVIII, agosto de 2003, página 175, respectivamente, relativo a que la suplencia de la queja deficiente en materia penal sólo opera tratándose del reo, no son acordes con los instrumentos internacionales, como son: la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículos 7 y 8); el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (artículo 17); la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto San José Costa Rica” (artículo 25) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo II), de cuyos preceptos se advierte que todas las personas son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de ésta. Por tanto, ante la obligación que tienen los órganos judiciales de cualquier nivel, de analizar si determinada norma jurídica es acorde con los tratados en materia de derechos humanos, es conveniente que en los conceptos de violación o agravios de la víctima u ofendido deje de aplicarse el citado artículo 76 Bis, fracción II, de la Ley de Amparo, que señala que en materia penal, la suplencia opera aun ante la ausencia de conceptos de violación o de agravios del reo, así como las tesis 2a. CXXXVII/2002 y 1a./J. 26/2003 en cita; ello en razón de que, al tener los derechos de la víctima y del ofendido la misma categoría e importancia que los que se otorgan al inculpado, deben tener, sin distinción, igual protección, además de que al tener una protección a nivel constitucional, no puede obligárseles al cumplimiento de formulismo alguno al momento de elaborarlos, que de no cumplirlos se les limite la protección de sus derechos; suplencia con la que se da preferencia a lo previsto en los instrumentos internacionales aludidos, que disponen que todas las personas son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, el mismo derecho a su protección cumpliendo así con el mandato previsto en el artículo 1o. constitucional. (10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro V, Febrero de 2012, Jurisprudencia, Tomo 3; Pág. 2218. Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Amparo directo 370/2011. 20 de octubre de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Emma Meza Fonseca. Secretaria: María del Carmen Campos Bedolla. Amparo en revisión 188/2011. 27 de octubre de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Emma Meza Fonseca. Secretario: J. Trinidad Vergara Ortiz. Amparo en revisión 190/2011. 27 de octubre de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Emma Meza Fonseca. Secretario: J. Trinidad Vergara Ortiz. Amparo en revisión 153/2011. 10 de noviembre de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Humberto Manuel Román Franco. Secretario: Daniel Guzmán Aguado. A.R. 156/2011. 17 de noviembre de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Humberto Manuel Román Franco. Secretaria: María Guadalupe Jiménez Duardo).

⁵⁵ El siguiente tema jurisprudencial ha suscitado muchas dudas en ese sentido: SEGURIDAD PÚBLICA. LA SENTENCIA EN LA QUE SE CONCEDE EL AMPARO CONTRA LA SEPARACIÓN, REMOCIÓN, BAJA, CESE O CUALQUIER OTRA FORMA DE TERMINACIÓN DEL SERVICIO DE MIEMBROS DE LAS INSTITUCIONES POLICIALES, POR VIOLACIÓN AL DERECHO DE AUDIENCIA, DEBE CONSTREÑIR A LA AUTORIDAD RESPONSABLE A PAGAR LA INDEMNIZACIÓN CORRESPONDIENTE Y LAS DEMÁS PRESTACIONES A QUE EL QUEJOSO TENGA DERECHO. Conforme al artículo 123, apartado B, fracción XIII, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuando la autoridad

podría mantenerse firme si a ello se suman dos factores, por un lado, la ausencia de jurisprudencia internacional aplicable sobre el tema correspondiente; por otro lado, una situación de amenaza permanente a la independencia judicial de jueces y tribunales, lo cual está latente mientras exista la posibilidad consistente en que el fondo de las sentencias de los jueces y tribunales sea revisado mediante la óptica de una auténtica casación o apelación por los órganos de disciplina del Consejo de la Judicatura, frente a lo cual poco podría hacerse, así como tampoco hay remedio cuando el autoritarismo deja sin efecto la democracia. Recordemos que el órgano de disciplina del Consejo de la Judicatura Federal se ha estimado facultado para “recomendar” y orillar a los jueces y tribunales a interpretar el derecho a la luz del criterio de los integrantes del propio órgano de disciplina, como si éste fuera una especie de tribunal supremo con facultades jurisdiccionales,⁵⁶ curiosamente a fin de intentar impedir el control normativo de su propia actuación pública (como juez y parte). Véase, por ejemplo, la circular siguiente:

jurisdiccional resuelve, sea por vicios de procedimiento o por una decisión de fondo, que es injustificada la separación, remoción, baja, cese o cualquier otra forma de terminación del servicio de, entre otros, los miembros de las instituciones policiales de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, existe la imposibilidad de reincorporarlos en sus funciones. Por tanto, como la sentencia que les concede la protección federal contra el acto que dio por terminada la relación administrativa que guardan con el Estado, por violación al derecho de audiencia contenido en el artículo 14 de la Constitución Federal, no puede ordenar el restablecimiento de las cosas al estado en que se encontraban antes de la terminación del servicio, acorde con el artículo 80 de la Ley de Amparo, en aras de compensar esa imposibilidad aquélla debe constreñir a la autoridad responsable a subsanar la violación formal correspondiente y resarcir integralmente el derecho del que se vio privado el quejoso, mediante el pago de la indemnización respectiva y las demás prestaciones a que tenga derecho, en términos de lo sostenido por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia 2a./J. 18/2012 (10a.) y en las tesis 2a. LX/2011 y 2a. LXIX/2011. (Décima Época. Registro: 2002199. Instancia: Segunda Sala. Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XIV, Noviembre de 2012, Tomo 2. Materia(s): Constitucional, Común. Tesis: 2a./J. 103/2012 (10a.). Página: 1517. Contradicción de tesis 253/2012. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero, ambos en Materia Administrativa del Cuarto Circuito. 22 de agosto de 2012. Mayoría de tres votos. Ausente: José Fernando Franco González Salas. Disidente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretario: José Álvaro Vargas Ornelas).

⁵⁶ Sobre el principio de independencia, en sus vertientes externa e interna, como metagarantía y condición de posibilidad de la potestad jurisdiccional, véase Andrés Ibáñez, Perfecto, “La independencia judicial y los derechos del juez”, en Saiz Arnaiz, Alejandro (dir.), *Los derechos fundamentales de los jueces*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 48-50.

SECRETARÍA EJECUTIVA DE DISCIPLINA

México, D.F., a 25 de junio de 2013

CIRCULAR No. 2/2013

MAGISTRADOS INTEGRANTES DE LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO, MAGISTRADOS DE LOS TRIBUNALES UNITARIOS, Y JUECES DE DISTRITO.

P R E S E N T E S

La Comisión de Disciplina del Consejo de la Judicatura Federal, estima pertinente informar y recordar a los titulares de los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación, lo siguiente:

Los artículos Sexto transitorio y 61, fracción III, de la Ley de Amparo, disponen lo siguiente:

“SEXTO. La jurisprudencia integrada conforme a la ley anterior continuará en vigor en lo que no se oponga a la presente Ley.”

“Artículo 61. El juicio de amparo es improcedente:

...

III. Contra actos del Consejo de la Judicatura Federal;”

De los numerales transcritos se desprende que la jurisprudencia integrada conforme a la abrogada Ley de Amparo, será aplicable únicamente en lo que no se oponga a la Ley de Amparo vigente, lo que resulta vinculante para el análisis de las causales de improcedencia que con motivo de la aludida reforma se opongan a criterios jurisprudenciales anteriormente aprobados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación o por los Tribunales Colegiados de Circuito, cuestión que debe en su caso discernir el intérprete de la norma.

La Comisión de Disciplina del Consejo de la Judicatura Federal emite la presente circular con un carácter informativo, respetando la autonomía e independencia judiciales de la que gozan como impartidores de la justicia federal.

ATENTAMENTE

CONSEJERO PRESIDENTE

DE LA COMISIÓN DE DISCIPLINA

LICENCIADO CÉSAR A. JÁUREGUI ROBLES

CONSEJERO

MAGISTRADO JUAN CARLOS CRUZ RAZO

SECRETARIO EJECUTIVO DE DISCIPLINA

JUEZ CARLOS MANUEL PADILLA PÉREZ VERTTI”

Siguiendo con el escenario realista o pesimista, debemos reconocer la posibilidad de que muchos jueces y tribunales se sientan ajenos o poco familiarizados a la reforma constitucional de 2011 y a la jurisprudencia internacional dada su formación cultural en aquella etapa “pro restricción” en donde las leyes, la jurisprudencia y la Constitución misma contenían o convalidaban facultades autoritarias con respecto a las cuales ha existido una especie de “costumbre judicial” sumamente arraigada que avala su aplicación y la ha entendido incorporada al sistema jurídico en una situación de “normalidad institucional”, al grado que podríamos pensar que el autoritarismo se ha considerado parte de la tradición judicial formalista legalista,⁵⁷ de forma que no debe descartarse que en sede judicial dicha inercia se prolongue muchos años más y resulten vaciadas de contenido las normas internacionales y el propio artículo 1o. constitucional.⁵⁸

⁵⁷ Sobre el legalismo judicial, su analogía con la burocracia y la ausencia de creatividad jurídica, se ha dicho que: “... El juez del sistema continental es algo así como un secretario judicial experto...”. Un análisis en Posner, Richard A., *Cómo deciden los jueces*, Madrid, Marcial Pons-INACIPE, 2008, pp. 150-152.

⁵⁸ Véase por ejemplo: LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. SI LA AUTORIDAD RESPONSABLE LA NEGÓ AL QUEJOSO, PORQUE EL DELITO QUE SE LE ATRIBUYE ES CONSIDERADO COMO GRAVE, EL JUEZ DE DISTRITO, AL CONOCER DEL INCIDENTE DE SUSPENSIÓN, NO ESTÁ OBLIGADO A OTORGAR DICHO BENEFICIO EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 7, NUMERAL 5, DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, APLICANDO EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. Si bien es cierto que el artículo 7, numeral 5, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que toda persona detenida o retenida tiene derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad sin perjuicio de que se continúe el proceso, también lo es que si la autoridad judicial del proceso notificó al quejoso que no tiene derecho a la libertad provisional bajo caución, porque el delito que se le atribuye está considerado como grave, el Juez de Distrito, al conocer del incidente de suspensión, no está obligado a otorgarle dicho beneficio en términos de ese precepto, aplicando el control de convencionalidad. Lo anterior, porque el artículo 136 de la Ley de Amparo establece como condición para que el quejoso pueda ser puesto en libertad bajo caución conforme al artículo 20, apartado A, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en su texto anterior a la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008), que la autoridad responsable no se haya manifestado en relación con ésta; por tanto, si el Juez responsable ya se declaró en relación con la libertad provisional del quejoso, al comunicarle que no tiene derecho a aquélla en atención a la gravedad del delito que se le atribuye, se concluye que el juez de amparo ya no puede resolver sobre el derecho mencionado, aplicando el aludido control de convencionalidad. (10a. Época; S.J.F. y su Gaceta; Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 3; Pág. 2921. Queja 27/2012. 17 de mayo de 2012. Unanimidad de votos. Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. Ponente: Emma Meza Fonseca. Secretario: J. Trinidad Vergara Ortiz). A la luz del principio de presunción de inocencia, la prisión preventiva sólo podría justificarse mediante criterios jurisdiccionales del caso concreto en torno a la calidad de la prueba relacionada con la responsabilidad

En suma, la introducción del principio *pro homine* en la norma suprema es un elemento adicional que, integrado a los métodos interpretativos teleológico, sistemático y progresivo, descarta en buena medida la aplicación de figuras autoritarias que se encuentren en la Constitución; sin embargo no es suficiente para excluir del todo la posibilidad de que el Poder de Reforma y la SCJN introduzcan y convaliden ese tipo de fenómenos, por las razones apuntadas.

VII. ALGUNAS CONCLUSIONES

En México, mientras una vertiente de la actuación pública se dedica a construir *constitucionalismo democrático*; la otra se dedica a construir *constitucionalismo autoritario* e introducir dentro de la norma suprema o a convalidar interpretativamente figuras esencialmente autoritarias con la idea de que resulten inmunes frente a los mecanismos de control del poder, máxime que el control judicial de normas constitucionales ha sido prácticamente descartado por la SCJN y actualmente por la legislación de amparo.

El principio *pro homine* es un mecanismo de control del poder (una garantía), que permite que la democracia sustantiva (derechos humanos-soberanía popular-intereses de la persona humana) prevalezca en caso de conflicto frente a la democracia formal (actuación de poderes públicos, representantes populares, partidos políticos); garantía que inclusive ha comenzado a operar frente a poderes privados en forma indirecta desde hace ya algunos años y en forma directa recientemente.⁵⁹

Es verdad que una de las propiedades del principio *pro homine* es eliminar el criterio de jerarquía en la solución de conflictos en temas de derechos humanos, en atención a que genera como efecto que aquéllos se resuelvan a favor de la norma o interpretación más favorable a la persona humana con independencia de la jerarquía de la fuente (Constitución

penal del procesado, y no mediante criterios legislativos abstractos de conveniencia política en torno a la calidad del delito. Entre otras sentencias de la Corte IDH, véase Caso López Álvarez *vs.* Honduras, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 1 de febrero de 2006, serie C, núm. 141.

⁵⁹ Sobre esta escisión entre ser y deber ser en el derecho, y la función del juez como operador crítico (interno) del derecho eficaz pero inválido, y su impacto inclusive en la Constitución, a través del “uso interpretativo del modelo garantista”. Véase Gascon Abellán, Marina, “La Teoría General del Garantismo: Rasgos principales”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 21-36.

o tratado) en la que se encuentren reconocidos. Sin embargo, el hecho de que deba prevalecer en los casos concretos la norma o el significado normativo más proteccionista, no implica tanto renunciar a la jerarquía de una vez por todas, sino entender que las normas constitucional e internacional que han incorporado al principio *pro homine* son las normas aplicables —por razón de jerarquía y de especialidad atendiendo a su contenido material— para resolver temas en que se hallen implicados derechos humanos.

Al respecto, hemos visto cómo desde cierta óptica el principio *pro homine* no desplaza, sino complementa, la jerarquía normativa, toda vez que, actualmente por virtud del principio *pro homine* el control de regularidad constitucional y convencional se ha visto reforzado y expandido, ya que anteriormente su objetivo exclusivamente se centraba en constituir una garantía frente al *sistema jurídico secundario* (órdenes jurídicos parciales); mientras que ahora es una garantía de los derechos humanos también, en cierto grado, frente al *sistema jurídico primario* (orden jurídico constitucional), es decir, frente a la propia Constitución (poder de reforma, SCJN y frente al derecho internacional). Si bien no se dota al juzgador de la facultad para implicar normas constitucionales que estime inconstitucionales⁶⁰ o inconventionales; sin embargo, sí cuenta con la facultad (interpretativa) de excluir significados normativos (autoritarios), para adjudicar significados normativos sistemáticos y acordes al cumplimiento de los derechos humanos reconocidos constitucional e internacionalmente.

Una de las virtudes de la reforma al artículo 1o. constitucional que ha incorporado el principio *pro homine* consiste en que, actualmente, el poder de reforma y la SCJN, estarían limitados, en buena medida, desde la perspectiva del *deber ser* constitucional, para introducir y/o convalidar figuras esencialmente autoritarias —salvo que cualquiera de dichos poderes del Estado actuara fuera del margen institucional— en primer lugar, porque existen derechos humanos de fuente constitucional, con idéntica fuerza normativa que la institución autoritaria que se pretendiera blindar a través de su introducción en la norma suprema, que orillarían al operador jurídico a una interpretación sistemática de la Constitución; en segundo lugar, porque las normas constitucionales deben respetar los derechos humanos de fuente internacional y están sujetas a un posible control de convencionalidad por parte de la Corte IDH; en tercer lugar, porque el principio *pro homine*, el artículo 29 de la CADH y la reforma al

⁶⁰ Nueva Ley de Amparo. Artículo 61. El juicio de amparo es improcedente: I. Contra adiciones o reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

artículo 1o. constitucional establecen un sistema de interpretación de los derechos humanos que, frente a un conflicto entre dos interpretaciones y normas aplicables, autoriza la preferencia de la norma que mayor protección brinda a la persona humana.

A partir de lo expuesto, podríamos establecer que la incorporación del principio *pro homine* en el texto constitucional ha abierto la puerta para que los jueces constitucionales tengan facultades para impedir, en buena medida, la introducción de figuras autoritarias en las leyes y en la Constitución, que excluya o vaya borrando del mapa al autoritarismo democrático, cuando menos muchas de sus manifestaciones normativas que se hallan presentes en diversas secciones de nuestro sistema jurídico, todo ello a fin de mantener la paulatina y compleja construcción de una democracia para el Estado mexicano.

LA REFORMA AL ARTÍCULO 40 CONSTITUCIONAL DE 2012

José Luis SOBERANES FERNÁNDEZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La reforma constitucional de 2012*.
III. *La cuestión de fondo*. IV. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

El 30 de noviembre de 2012 apareció publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el Decreto mediante el cual se reformó el artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para quedar redactado así:

Artículo 40. Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república representativa, democrática, *laica*, federal, compuesta de estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

O sea que se le agregó el adjetivo calificativo “laica” al texto, que prácticamente permanecía inalterado desde el 31 de enero de 1824, cuando el Acta Constitutiva de la Federación Mexicana estableció en su artículo quinto: “La nación adopta para su gobierno la forma de república representativa federal”.¹ La pregunta obvia que nos hacemos hoy es: ¿para qué se le agregó dicho adjetivo? Más aún, puesto que el artículo 130 de nuestra Constitución vigente señala: “El principio histórico de la separación del Estado de las Iglesias orienta las normas contenidas en el presente artículo”, y, por tanto, los demás artículos de la ley fundamental. Trataremos de descifrar ello en los siguientes párrafos.

¹ Cfr. nuestro libro *Y fuimos una federación. Los primeros avatares constitucionales de México 1821-1824*, México, Porrúa, 2013, pp. 83-85.

Pensamos, no obstante, que la adición de dicho término no responde a una necesidad social o jurídica actual de nuestro país, ni tampoco, por otro lado, representa una ocurrencia de un puñado de iluminados jacobinos, como pudiera parecer; pensamos que responde más bien a una corriente que ha venido tomando auge recientemente en el mundo occidental y en un sector muy localizado de la sociedad mexicana.

Las relaciones entre el poder religioso y el poder político en el mundo entero y a lo largo de toda la historia de la humanidad siempre han existido, de diferente forma y con diferente intensidad; así, por ejemplo, en la Antigüedad el poder político y el poder religioso se confundían, en un monismo, y eran una sola cosa, donde el Estado absorbía incluso las funciones sacerdotales y las de culto, como en el caso del emperador romano, que era, a su vez, el *pontifex maximus*.

Cuando el cristianismo adquirió su libertad mediante el Edicto de Milán de 313 de Constantino, en Occidente, y Licinio, en Oriente, y, más adelante, gracias al edicto *Cunctos populos* dado por Teodosio I en 380, se dio a dicha religión el carácter de oficial del Imperio Romano, lo cual planteó una nueva realidad: el cesaropapismo. Esta unidad político-religiosa que, sin embargo, reunió a dos cuerpos claramente diferenciados (la estructura burocrático-militar del Imperio y la organización jerárquico-doctrinal de la Iglesia), precisó la consecuente necesidad de dejar perfectamente separadas ambas potestades, la política y la religiosa, lo cual llevó al papa Gelasio I, en 494, al plantear la teoría del dualismo o separación de dichas potestades: un solo poder, proveniente de Dios, pero dos formas para lograr dos fines distintos, el *sacerdotium* y el *imperium*.²

La teoría gelasiana, por las particulares circunstancias de la Europa medieval, va a desembocar en el *hierocratismo*, según el cual la autoridad eclesiástica se sitúa por encima de la autoridad política. La última expresión de ese hierocratismo va a ser la llamada “teocracia pontifical”, que tanta importancia va a tener en el siglo XVI para justificar la presencia española en el Nuevo Mundo y que tiene su máxima expresión en la bula de Bonifacio VIII *Unam Sanctam*, que aduce la potestad de la Iglesia sobre las “dos espadas”, la espiritual y la temporal, que “delega” en los príncipes.

El final de la Edad Media es testigo de una fuerte crisis para la Iglesia católica, que desemboca en la Reforma protestante, la cual, en principio, se vio como un grito de libertad e independencia respecto a la jerarquía

² Cfr. Canning, Joseph, *A History of Medieval Political Thought 300-1450*, Londres & Nueva York, Routledge, 1996, pp. 25-29.

(sola fe, sola Escritura, libre examen). Sin embargo, las terribles guerras de religión que la misma Reforma trajo consigo provocarán la adopción del principio *cuius regio eius religio*, según el cual los príncipes podían imponer su propia religión a los súbditos, dando lugar con ello al advenimiento del Estado confesional, tanto en las naciones protestantes como en las católicas, la asunción del principio del derecho divino de los reyes —fundamento del absolutismo— y, posteriormente, del regalismo y todas sus diversas formas en los países europeos (galicanismo, jurisdiccionalismo, febronianismo, josefinismo, etcétera). Pero, como suele suceder, ahí mismo va a florecer la semilla que el secularismo había plantado: la libertad religiosa y el Estado laico), que florecerá con el triunfo de la Revolución liberal burguesa, cuyo arquetipo fue la Revolución francesa, y el consecuente advenimiento del Estado liberal y democrático de derecho. Esto constituyó, a la larga, el parteaguas más importante dentro de la relación Iglesia-Estado, al consagrarse el reconocimiento del derecho fundamental de libertad religiosa y su principal corolario: el Estado laico.

Tradicionalmente se ha considerado como el padre de la teoría del Estado laico al pensador inglés Jonh Locke, quien afirmó en su clásico trabajo *Carta sobre la tolerancia*:³

Ahora bien, toda la jurisdicción del magistrado se extiende únicamente a estos intereses civiles... y no puede ni debe, en manera alguna, extenderse hasta la salvación de las almas... porque el cuidado de las almas no está encomendado al magistrado civil... no es verosímil que Dios hayanunca dado autoridad a ningún hombre sobre otros como para obligarlo a profesar su religión.

Habiendo finalmente liberado así a los hombres de todo dominio de uno sobre otro en materia de religión, consideramos ahora lo que debe hacer. Todos los hombres saben y reconocen que Dios debe ser adorado públicamente; ¿por qué, si no, se obligan unos a otros a reunirse en asambleas públicas? Por lo tanto, los hombres constituidos sobre esa libertad, formarán alguna sociedad religiosa donde puedan reunirse, no solamente para edificación mutua, sino para mostrar al mundo que adoran a Dios y que ofrecen a su Divina Majestad un servicio del cual ellos no se avergüenzan.

Pensábamos que con el reconocimiento del derecho fundamental de libertad religiosa y, por ende, el Estado laico, arribábamos a un estado de convivencia pacífica donde todos nos respetaríamos, coexistiríamos pacíficamente y serían reconocidos por todos y para todos los derechos de

³ 6a. ed., Madrid, Tecnos, 2008, pp. 9-34.

libertad de pensamiento, conciencia y religión, al tenor de lo proclamado por el artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; pero no, las cosas han cambiado en los últimos tiempos.

Desafortunadamente, a partir del siglo XXI, ha aparecido en el mundo occidental un laicismo más combativo, menos contemporizante, que pretende excluir cualquier expresión religiosa de la vida pública, no solo política, y particularmente en aquellas cuestiones con una especial carga moral, alegando que los creyentes no pueden imponer sus convicciones morales a quienes no las comparten, para lo cual postulan una “ética laica”, pasando de lo que se conoce como “laicidad” al “laicismo”. Entendemos aquí al primero como algo positivo, concorde con los derechos fundamentales del ser humano, en el que ambas esferas —política y religiosa— actúan con independencia la una de la otra, e inclusive se considera al fenómeno religioso como algo bueno y existe colaboración entre ambos, en la medida que se comparten valores y propósitos —en la medida en que toda religión pública tiene dimensiones políticas y en que el poder, la legislación y el Estado no son impermeables a las creencias religiosas—. En cambio, el segundo, el laicismo, según pensamos, se refiere más a una actitud negativa en que el ámbito político trata de impedir al religioso cualquier intervención en la vida pública.

No existen “recetas universales” que nos indiquen la frontera entre lo estatal y lo religioso y hasta dónde una sana laicidad permite esa interacción sin que represente una vuelta al Estado confesional, aunque sea parcial; ello depende de las tradiciones, usos y costumbres de cada nación, y así el derecho comparado nos puede dar infinidad de ejemplos. En Estados Unidos, todo juramento para un cargo público o una deposición judicial se realiza sobre una Biblia e incluso, en la pasada elección presidencial de 2012, el cardenal arzobispo de Nueva York fue invitado a decir una oración en las sendas convenciones de los partidos republicano y demócrata. Por no hablar del Reino Unido, donde, a pesar de tratarse de una monarquía confesional, bien puede hablarse de una tradición de tolerancia religiosa que se remonta tres siglos atrás. Mientras que en México el solo hecho de que un funcionario público o un candidato se confiese públicamente como creyente le saca urticaria a más de uno. De esta forma, lo que para un país entra en la normalidad democrática, para otro, no. Y así, el problema se suscita cuando el laicismo militante e intolerante pretende modificar esas tradiciones, usos y costumbre en aras de un Estado laico absoluto, sin ninguna manifestación religiosa pública, por decirlo de alguna manera.

En nuestra modesta opinión, el problema surge cuando ese laicismo militante e intolerante atenta contra el derecho fundamental de libertad

de pensamiento, religión y convicciones personales.⁴ De esta suerte, hoy día, el conflicto laicista ya no es la confrontación entre el poder político y el poder religioso, como en el siglo XIX; no, ahora es una colisión entre los que se dicen defensores del Estado laico y un conjunto de los ciudadanos creyentes cuyos derechos fundamentales no solo están reconocidos por el texto fundamental, sino que son la base de todo el sistema político democrático. Esto significa, en el fondo, que no es una pugna entre el Estado y la(s) Iglesia(s), sino entre dos grupos de ciudadanos, con dos ideologías diferentes, pero ambos en un plano de igualdad; lo malo es que los laicistas se consideran los legítimos y exclusivos representantes del Estado, negando ese mismo carácter a los de la acera de enfrente. Veamos por qué.

En la actualidad ha surgido la necesidad de tomar decisiones políticas trascendentales con un hondo sentido ético, donde la opinión pública está dividida; por un lado, vemos que la ciencia ha ingresado en terrenos inexplorados que acarrearán enormes implicaciones morales —y muchas, sin precedentes—, particularmente en la biotecnología, dando lugar a un notable desarrollo de aquella disciplina conocida como bioética; junto a ello, el reciente auge del evolucionismo radical —que no acepta la participación de un Ser Superior en las transformaciones naturales del Universo—; si a ello le agregamos la aceptación de conductas que antes eran consideradas como inadecuadas, también, en gran medida, por razones de naturaleza ética, como sería el caso de la legalización del aborto, de la eutanasia y el matrimonio entre personas del mismo sexo, podremos observar lo que apuntábamos al principio del párrafo.

Aquí, la piedra de toque es que hay personas que sostienen puntos de vista coincidentes con la moral religiosa y personas que sostienen lo contrario, de tal suerte que el diferendo entre ambas posturas, la ética religiosa y la llamada ética laica, se ve a la primera como una intromisión de la religión en la política, con la consecuente afectación al Estado laico. Pensamos que es una dicotomía falsa planteada por ese laicismo militante a que hicimos referencia antes.

En efecto, la moral religiosa y la llamada ética laica no son dos realidades ajenas una de la otra, puesto que se han formulado o reformulado mutuamente, de cara una frente de la otra. Igualmente, hay que rehusar

⁴ Aquí está el verdadero “nudo gordiano” de la aplicación de dicho derecho fundamental, el determinar su extensión y límites. Cfr. nuestro trabajo: “El contenido de la libertad religiosa”, en *Memoria del Primer Congreso Internacional sobre Iglesias, Estado laico y sociedad*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2006, pp. 138-145.

los extremos que pretenden, de un lado, negar toda moralidad a quien no profesa ninguna religión (la imposibilidad de una ética sin Dios), y circunscribir la razón al puro discurso ateo o irreligioso (la concepción de la creencia religiosa como llana irracionalidad). Y aun podríamos considerar si las éticas laicas o ateas son del todo posibles o se explican sin referencia a/o influencia del contexto judeocristiano del mundo occidental.

Por otro lado, tenemos que reconocer una realidad incuestionable: en la actualidad, ninguna institución religiosa, ni aún en los pocos Estados confesionales que quedan,⁵ pretende arrogarse los derechos soberanos de las naciones, ni competir con los gobiernos en las materias que le son propias a estos últimos. Vaya, y sería rara la Iglesia que se atreviese a pretender monopolizar algún debate público, sin reparar en las consecuencias mediáticas, ecuménicas y de opinión pública que eso conllevaría, sin emprender alguna clase de diálogo —aunque sea hacia fuera, partiendo de una doctrina incuestionable hacia dentro—. Es algo impensable en nuestro siglo: en Occidente vivimos una sociedad altamente secularizada.

Sigamos adelante: ¿cuáles son los argumentos esgrimidos por esta nueva corriente laicista en el mundo occidental? Para los fines del presente trabajo, pensamos, resulta útil la síntesis que hace Francisco Santamaría,⁶ en cuatro rubros fundamentales:

- 1) Partiendo de la idea que el espacio público es común a todos, aunque suene a perogrullada, el mismo solo podrá acoger lo que es común a todos; por ende, lo religioso, que por definición no puede ser compartido por todos, no puede ser acogido en el espacio público y, por ello, dicho espacio público tendrá que ser laico, es decir, carente de referencias y elementos religiosos compartidos solo por quienes tienen una misma fe y no por el conjunto de los ciudadanos.
- 2) El Estado debe ser religiosamente neutral, ya que, si éste se manifiesta a favor de una determinada confesión religiosa, la ciudadanía que no participe de esa preferencia religiosa se vería disminuida puesto que no podría identificarse con un Estado que ha realizado una acción religiosa que no comparte.
- 3) La contaminación religiosa de lo estatal o de lo público representaría una suerte de imposición de un credo determinado a los ciudadanos

⁵ En el mundo occidental, los pocos Estados confesionales que quedan —de orientación protestante, ya que en nuestros días no existe ninguno con confesionalidad católica— representan un recuerdo del pasado y no un privilegio estatal.

⁶ *Cfr. ¿Un mundo sin Dios? La religión bajo sospecha*, Madrid, Rialp, 2012, pp. 22-23.

de otras confesiones religiosas, a los agnósticos, a los ateos o a los indiferentes, y, por ello, constituiría un atentado contra la libertad religiosa.

- 4) El Estado y los poderes públicos han de abstenerse de colaborar en actividades inspiradas religiosamente o relacionadas, ya que, de lo contrario, representaría un ejercicio de confesionalidad religiosa.

Pensamos que la solución a esa falsa dicotomía planteada por el laicismo está precisamente en las luces que nos brinda el derecho fundamental de libertad de pensamiento, religión y convicciones, que no se constriñe solo a una libertad a creer; eso sería un grave error. Se trata de un derecho público y, por lo tanto, externo —no olvidemos que una de las notas características de la norma jurídica, a diferencia de la norma moral, es que es externa: no regula la vida interior de las personas—; así, podemos observar que tanto el derecho internacional de los derechos humanos como el derecho comparado, nos dan ejemplos más que de sobra de lo que debemos entender ahora por tal derecho fundamental.⁷

Efectivamente, tanto documentos internacionales como constitucionales de los países con estatuto democrático, contemplan la libertad religiosa como una forma externa y comunitaria de expresar las convicciones personales en esta materia, desde el culto público hasta tópicos tan aparentemente insulsos como la forma de comer, de vestir, de ejercer el derecho al descanso y el derecho que se tiene al respeto, por parte de la sociedad, tanto en su conjunto como de cada uno de sus miembros, de todas esas formas de expresión religiosa. Formas que no representan un derecho absoluto, ni mucho menos, sino, según la formulación tradicional, que están restringidas por aquellas medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los terceros.⁸ Por lo tanto, la libertad religiosa no es la libertad de creer, sino de actuar en la vida social conforme a esas creencias. El

⁷ Cfr. Nuestro trabajo “Mexico and the 1981 United Nations Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief”, *Law Review*, núm. 2, Provo, Utah, Brigham Young University, 2002, v. 2002.

⁸ Así, por ejemplo, la Convención Europea para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, señala en el artículo noveno, párrafo segundo: 2 La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los terceros.

problema estriba, por supuesto, en las fuentes que inspiran las nociones de “orden” o “moral pública” consagrados en las legislaciones y los criterios jurídicos —y políticos— para resolver los conflictos entre derechos enfrentados, así como la jerarquía y preferencia que se ha de dar a los valores de una sociedad, dependiendo si se está en una mayoritariamente democrata liberal y secular o una casi del todo homogénea y religiosa, como las islámicas. Pero esa es harina de otro costal.

Por otro lado, no tenemos que perder de vista que el laicismo es una ideología, no solo con presupuestos tan indemostrables como los de cualquier religión, sino también, muchas veces, con actitudes excluyentes y “fundamentalistas”, ya que ellos, los “sin Dios”, pretenden apropiarse del espacio público y no permitir a los creyentes que manifiesten su fe. El laicismo no es “aséptico” y, por lo tanto, quien milita en él, trata de imponer, a menudo de manera facciosa y con modos poco corteses e incluso violentos, su particular forma de ver el mundo y la vida. Muchas de las fuentes laicistas consultadas para la preparación de este trabajo, por ejemplo, muestran un *odium fidei* muy lamentable y poco académico. Por ello, cuando quieren incapacitar a los creyentes para opinar en cuestiones éticas, aduciendo que estos últimos quieren imponer “su moral” a toda la comunidad, ellos proceden de la misma manera. La llamada ética laica es subjetiva, es lo que cada quien cree o piensa, como lo demuestran los trascendentes cambios que esa moral pública ha tenido en los últimos años, antes apuntados, como en el caso del aborto, los matrimonios entre personas del mismo sexo o la noción de pornografía; por ello, los laicistas suelen volverse dogmáticos e intolerantes y pretenden imponer “su” moral a los demás, rechazan cualquier idea que pueda parecer religiosa sin considerar que la religión también es parte de la cultura e idiosincrasia de un pueblo.

Como se habrá podido observar, la pugna no se presenta entre dos poderes: el político y el eclesiástico, sino entre dos grupos de personas, todas iguales ante la ley y poseedoras de derechos fundamentales, que luchan por dos visiones diferentes de la vida.

II. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2012

La reforma constitucional del 30 de noviembre de 2012, antes mencionada, tuvo el siguiente *iter* legislativo: el 11 de febrero de 2010, se presentó en la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión el *Dictamen de la*

Comisión de Puntos Constitucionales, con proyecto de decreto, para reformar el artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el cual se describen las 14 iniciativas que se presentaron con dicho propósito desde el 4 de enero de 2006; todas ellas, básicamente, venían a decir lo mismo: la conveniencia de definir al Estado mexicano como una “república laica” para garantizar el pluralismo y la democracia en nuestro país. En síntesis, la citada Comisión, opinó:

Es de ineludible responsabilidad republicana elevar a rango constitucional el artículo 40, el carácter laico de nuestro Estado mexicano. La asunción expresa del principio de laicidad del Estado en el artículo 40 constitucional, implicaría el reconocimiento de que todos los seres humanos tienen derecho a la libertad de conciencia, el de adherirse a cualquier religión o a cualquier corriente filosófica y su práctica individual o colectiva. El Estado debe ser garante de los derechos de libre elección de religión o de convicciones y es a través del carácter laico del mismo, la mejor forma de cristalizarlos. Se evitaría con ello, que los valores o intereses religiosos se erijan en parámetros para medir la legitimidad o justicia de las normas y actos de los poderes públicos, lo cual veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y funciones estatales, de aquí que en los debates que se susciten en los órganos del Estado deba prevalecer como guía de las discusiones, el principio de laicidad.

Ese mismo día, la Cámara de Diputados aprobó el dictamen mencionado y se remitió a la Cámara de Senadores, la cual también lo aprobó, el 28 de marzo de 2012, y lo mandó a las legislaturas de los estados. Finalmente, el 8 de noviembre del mismo año se concluyó el procedimiento de reforma constitucional y se emitió la declaratoria correspondiente, la cual, como ya dijimos, fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el último día de ese mes, coincidente con el último día de la administración del presidente Felipe Calderón.

De todo lo señalado, nos quedamos con la última parte del Dictamen de los diputados, donde dice: “En los debates que se susciten en los órganos del Estado deba prevalecer como guía de las discusiones, el principio de laicidad”. ¿Por qué?

Recordemos que, desde el 12 de julio de 1859, México ha sido un Estado laico, ya que en el artículo tercero de la Ley de Nacionalización de los Bienes Eclesiásticos, entonces promulgada, se señalaba: “Habría perfecta independencia entre los negocios del Estado y los negocios puramente eclesiásticos. El gobierno se limitará a proteger con su autoridad el culto público de la religion católica, así como el de cualquiera otra”. En-

tonces, ¿qué necesidad de la reforma de 2012 que estamos comentando? Más aún, que el artículo 130 constitucional, antes citado, ya lo apuntaba.

III. LA CUESTIÓN DE FONDO

Nos dice Jean Meyer en su estupendo libro *Historia de los cristianos en América Latina. Siglos XIX y XX*,⁹ que, entre 1750 y 1930, se desarrolla una ofensiva del Estado contra la Iglesia católica en América Latina en tres tiempos: el primero referido al regalismo borbónico; el segundo, a la ofensiva de un deísmo racionalista entre 1840 y 1880, aliado del protestantismo (nosotros agregaríamos la masonería), y el tercero, a partir de la década 1870-1880, al positivismo y el cientificismo. Ofensiva que va a desembocar en una de dos actitudes: o bien un agnosticismo tolerante o bien, en un anticlericalismo sectario. Sin duda, México se sitúa en el segundo, como lo demuestran los postulados antirreligiosos de la Constitución de 1917, la persecución religiosa encabezada por Plutarco Elías Calles y continuada durante la época de Lázaro Cárdenas. Pero, más allá de las posturas oficiales, lo que ahora nos interesa es la actitud que surge en nuestra patria a partir de la adopción del positivismo compteano como ideología oficial de la educación que logró imponer Gabino Barreda.

Se ha querido ver en el liberalismo el origen del laicismo (entendiéndolo como esa ideología intolerante que quiere excluir el factor religioso de cualquier expresión de la vida pública), pero, en nuestra modesta opinión, pensamos que dicho origen se da, más bien, en el positivismo. Veamos por qué.

El liberalismo no se mete con las creencias de las personas, es profundamente respetuoso de ellas; el liberalismo pugna por la libertad de cultos, no por su aniquilamiento, y por ello postula el Estado laico, que no el laicismo beligerante, como vimos antes, pues éste va más allá de aquél al combatir, abierta o soterradamente, el ejercicio de la libertad religiosa, intentando reducirla a las cuatro paredes del templo o del hogar. La libertad religiosa, como ya apuntamos, no comprende únicamente la libertad de creencias, puesto que ellas no necesitan ser protegidas o garantizadas por el Estado, toda vez que se insertan en el ámbito de la conciencia de los individuos, fundo ajeno a la acción del Estado. Así, la libertad religiosa reclama la expresión pública de esas convicciones.

⁹ Trad. de Tomás Segovia, México, Vuelta, 1989, pp. 18 y 19.

Pero regresemos al positivismo y al porqué lo consideramos el origen del laicismo. El padre del positivismo, como todos sabemos, fue el pensador francés Auguste Comte (1798-1857), cuya obra más importante, entre otras, es el *Cours de philosophie positive* (1830-1842). La base de esta doctrina se encuentra en la teoría de los tres estadios de la humanidad: teológico, metafísico y positivo. Según aquella, el primero encuentra las causas de los fenómenos naturales en la voluntad de seres personales sobrehumanos, los dioses. En este primer estadio, que, dentro de la historia política abarca el lapso que va desde la Antigüedad hasta la caída del Antiguo Régimen, distingue tres etapas: fetichismo, politeísmo y mono-teísmo. En el segundo estadio, el metafísico, se sustituye la voluntad de esos seres sobrenaturales por entidades abstractas de la metafísica, y es allí donde surgen las ideas de los derechos humanos, soberanía popular y legalidad, pilares del liberalismo. Finalmente, el científico o positivo, donde el único conocimiento válido es el que resulta de la experimentación, es real, cierto y útil, puede prever el futuro y controlar el Universo; políticamente corresponde a la sociedad industrial, gobernada por científicos —recordemos que Comte fue el fundador de la sociología, como ciencia de lo social—, con esquemas racionales, reunidos en el apotegma de “orden y progreso”.

Hasta aquí puede sonar razonable el pensamiento comteano, el problema se suscita con la propuesta de una “religión de la humanidad” o religión positivista, que suena más a una psicopatía; pero fue la solución que nuestro autor encontró para sustituir a las religiones teístas y para satisfacer las inquietudes espirituales de los individuos, ya que el progreso de las ciencias, según él, nos guiarán a esa religión de la humanidad, donde el amor y la solidaridad serán los valores supremos; es más, no quedó ahí la propuesta, ya que Comte pretendía que la misma religión tuviera institucionalidad, con liturgia, templos y santoral propio, en el que los grandes benefactores del género humano ocupasen el lugar de los santos católicos.

Leopoldo Zea, que es quien más y mejor ha estudiado el positivismo en México,¹⁰ nos relata el impacto de dicha doctrina en nuestro país, particularmente en la administración del general Porfirio Díaz (1876-1911), el llamado Porfiriato. Pues bien, nos señala Zea que, en la *Oración cívica* que pronunció el doctor Gabino Barreda¹¹ en la ciudad de Guanajuato el 16 de septiembre de 1867, se puede encontrar el origen del positivismo

¹⁰ Cfr. *El positivismo en México: nacimiento, apogeo y decadencia*, México, FCE, 1990.

¹¹ Médico mexicano que fue alumno directo, en 1849, de Auguste Comte.

mexicano. Curiosamente, ese año va ser cuando, pocos meses antes, el gobierno republicano de México derrotó definitivamente al ejército conservador y, con ello, al II Imperio, el de Maximiliano de Habsburgo, con lo cual se marcó el triunfo del liberalismo mexicano sobre el conservadurismo, como dice el propio Zea:¹² “La metafísica de la libertad triunfa sobre el espíritu teológico implantado por la Colonia para dar lugar a un nuevo orden”.

Poco más adelante, el 2 de diciembre del mismo año, el gobierno de Benito Juárez expidió la *Ley Orgánica de la Instrucción Pública en el Distrito Federal* que regulaba esa función pública, en todos sus niveles, desde primaria hasta profesional, incluyendo la llamada “escuela de estudios preparatorios”, la cual fue encomendada a Gabino Barreda, quien, obviamente, le dio esta orientación positivista comteana.

Pero ahí no quedó la cuestión. Años después, en 1876, como señalamos antes, llega al poder Porfirio Díaz, quien adoptará como filosofía de su larguísimo mandato presidencial precisamente el positivismo comteano, siendo auxiliado por una camarilla de positivistas, los llamados “científicos”. De ahí, pues, el éxito en nuestra patria de las enseñanzas de Auguste Comte.

No es raro que muchas de las tradiciones políticas que han pervivido en México a través del siglo XX se hayan forjado en el Porfiriato: el presidencialismo, el culto a los héroes y la actitud del político mexicano frente al fenómeno religioso, que fue más bien negativa, desde un indiferentismo inofensivo hasta un anticlericalismo furibundo: siempre ha sido políticamente incorrecto en México que los hombres de Estado manifiesten en público preferencias religiosas, inclusive hubo épocas en que se abstendían de cualquier práctica religiosa a la luz del día, hasta ser vistos en un templo;¹³ la idea del político “comecuras”, “anticatólico” o, al menos “descreído”, es muy propio de nuestra patria, no solo en la primera mitad del siglo XX, sino también, por lo visto, en el XXI.

Si bien la revolución tecnológica del último tercio del siglo XIX parecía dar la razón al positivismo, la Primera Guerra Mundial se encargó de dar al traste con ese optimismo, el cual va a tener un resurgimiento en la segunda mitad del XX, pero ahora más como un cientismo que se mani-

¹² Cfr. “El positivismo” en Varios, *Estudios de historia de la filosofía en México*, 3a. ed., México, UNAM, 1985, p. 228.

¹³ Ello nos explica lo complicado que fue el sacar adelante la reforma religiosa de 1992.

fiesta como un nuevo naturalismo tecnológico sin límites éticos;¹⁴ es decir, no propiamente una escuela, sino un modo de ver la vida, una cultura, una mentalidad, algo parecido a lo que fue la Ilustración dieciochesca.

La manifestación más contundente de esa actitud antirreligiosa en la vida política mexicana van a ser las normas contenidas en la Constitución de 1917 y las leyes reglamentarias, materia que, evidentemente, rebasa los límites de este trabajo. Sin embargo, junto con ello, debemos destacar, en los hechos, la actitud pragmática que generalmente han tenido nuestros políticos respecto al fenómeno religioso, en especial a partir de la administración del general Manuel Ávila Camacho (1940-1946).

Dicho en otras palabras: en México tenemos una larga historia de conflictos religiosos, que nos han llevado por lo menos a tres guerras intestinas (Reforma, Intervención y Cristiada) y que, luego de la reforma constitucional religiosa de 1992 —que, sin alcanzar los parámetros internacionales en la materia, representó un avance sustancial en materia de libertad religiosa en nuestra patria—, se ha alcanzado un *modus vivendi* aceptable por ambas potestades. Hoy ya nadie medianamente razonable está interesado en abrir viejas heridas cicatrizadas, pues a nadie conviene; también, vivimos en una sociedad altamente secularizada y las instituciones eclesiásticas ya no representan ningún peligro a la supremacía del Estado en la vida social, por lo que la pregunta que nos hacemos, en consecuencia, es: ¿qué necesidad de reformar el artículo 40 constitucional en 2012 para definarnos como la “república laica”?

Encontramos dos posibles respuestas a esa interrogante: la corriente laicista, mencionada párrafos atrás, que se ha dado en el mundo occidental a partir del nuevo milenio, o sea el año 2000, y los grandes problemas éticos que han planteado los recientes y espectaculares avances de la biotecnología, como la fecundación *in vitro* la manipulación genética, por mencionar dos ejemplos, y el renacer del evolucionismo absoluto;¹⁵ ambas situaciones, relacionadas estrechamente.

El ser humano no es una cosa, es una persona dotada de dignidad y, por lo tanto, no se le puede manipular a placer sin ningún límite; de lo

¹⁴ Cfr. Fazio, Mariano, *Historia de las ideas contemporáneas. Una lectura del proceso de secularización*, Madrid, Rialp, 2006, p. 265.

¹⁵ Entendemos por tal a aquel que no reconoce en el proceso evolutivo la existencia o participación de un Ser Superior, conocido generalmente como Dios; que la evolución ha sido el producto del azar o la casualidad, nunca un proceso dispuesto y ordenado por la Divinidad. Recordemos que la doctrina católica no rechaza *per se* la evolución y que el papa Juan Pablo II afirmó, el 22 de octubre de 1996 ante los miembros de la Academia Pontificia de Ciencias, que la teoría de la evolución era más que una hipótesis, pero insistía en que no se podía obviar la participación divina en el proceso evolutivo.

contrario, retrocederíamos a la barbarie más absoluta, donde los manipuladores terminarían siendo las propias víctimas de sus excesos; de ahí la necesidad vital de fortalecer la bioética, disciplina que estudia, entre otras cosas, los límites morales a la experimentación biológica en humanos y las técnicas que de ello resulten.

A ello tenemos que agregar, como apuntamos antes, algunos otros temas de reciente factura que también representan conflictos de orden ético, como lo es la legalización del aborto, el matrimonio entre personas del mismo sexo y la eutanasia.

Como es lógico y natural, las religiones y las instituciones eclesiásticas tienen su punto de vista en estas arduas cuestiones morales, como también resulta explicable que los laicistas preferían descalificarlas *ab initio* en vez de confrontar las ideas; siempre es más cómodo decir que esos puntos de vista son un atentado contra el Estado laico en vez de rebatirlos racionalmente. De ahí que nosotros nos expliquemos el renacer de este furor laicista en el mundo entero y en nuestra patria.

En síntesis: puede haber personas que sostengan puntos de vista éticos coincidentes con la moral religiosa, independientemente de su personal postura religiosa. Sostener un punto de vista ético coincidente con la moral religiosa en lo absoluto es un atentado al Estado laico: sostener lo contrario sería, eso sí, una violación a las libertades de expresión y religiosa.

Pero vayamos al fondo de todo este asunto: realmente estamos en nuestro país ante una polémica más académica que real, pues hay algo que no podemos cambiar a voluntad: si un pueblo es religioso, lo seguirá siendo con legislación persecutoria o sin ella. He ahí, si no, el ejemplo de los llamados países de la “Cortina de Hierro”, cuya antirreligiosidad estatal y ateísmo oficial, después de la caída del Muro de Berlín, quedaron en una simple anécdota histórica; por no mencionar ejemplos más recientes, como la de los cristianos en Myanmar o Vietnam, donde forman comunidades vivaces y boyantes, aun en las catacumbas. Más todavía, en naciones como México, donde la disociación entre el mundo legal y el mundo real es enorme, donde el catolicismo, al menos formalmente, alcanza en números redondos el 90% de la población, pensar que porque el artículo 40 de nuestra carta magna diga que somos una “república laica” puedan cambiar las cosas, es una ilusión. No nos engañemos, las cosas no van a cambiar en este tema y seguiremos igual que hasta ahora. Puede ser que las religiones tradicionales e institucionalizadas decaigan y hasta desaparezcan, pero la historia muestra que nunca lo han hecho por mero decreto gubernamental.

Reiteramos, y perdón por ser tan insistente, que no vemos en esta reforma constitucional otra cosa que un argumento de los laicistas para descalificar a su adversarios *ab initio*, tildando sus argumentos de “religiosos” y, por consiguiente, ilegítimos en el debate público; se pretende, tal como dice el Dictamen de la Cámara de Diputados del 11 de febrero de 2010, antes citado, que “en los debates que se susciten en los órganos del Estado debe prevalecer como guía de las discusiones, el principio de laicidad”.

En una sociedad plural, multicultural, como afortunadamente es la mexicana, el debate de los diversos problemas nacionales y sus posibles soluciones, debe ser incluyente; no se justifica la exclusión, ni siquiera de los puntos de vista religiosos. Lo trágico es que, aun si en la actualidad es impensable que el poder religioso pueda, o todavía pretenda, subsumir o imponerse a lo político, por el contrario, si permitiéramos la intolerancia, aunque sea laicista, nos llevará al totalitarismo.

IV. CONCLUSIÓN

No queremos terminar con una visión negativa; más bien, queremos finalizar con cuatro puntos a manera de colofón:

- 1) En cualquier régimen liberal y democrático de derecho, rechazar el Estado laico carecería de todo sentido, por lo que nadie en su sano juicio lo puede impugnar en la actualidad, sería un absurdo.
- 2) La Iglesia católica, particularmente a partir del Concilio Vaticano II, es totalmente partidaria del Estado laico; es más, hoy en día no existe ningún Estado confesional católico, ya que el mismo es una garantía de la libertad de la propia Iglesia. Así, pues, negar esta afirmación, que la Iglesia católica apuesta por el Estado laico, representaría una gran ignorancia o una notable mala fe.
- 3) La finalidad primera del Estado laico es la vigencia real de la libertad religiosa. Pretender un Estado laico que no garantice plenamente la libertad religiosa es un contrasentido.
- 4) Es una realidad innegable que resulta muy difícil determinar los límites y alcances del Estado laico, así como señalar con toda precisión el contenido material del derecho fundamental de libertad religiosa; en ambos casos, aparecen muy ilustrativos el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho comparado junto con las tradiciones, usos y costumbres de cada país.

EL ORIGEN DE LOS PODERES DE *INDIRIZZO*; SUS TRANSFORMACIONES.

Francisco TORTOLERO CERVANTES*

SUMARIO: I. *Para comprender el concepto de indirizzo.* II. *De cómo el indirizzo se desligó de lo arbitrario.*

En democracia, la mayoría está llamada a tomar decisiones en nombre de la colectividad. Pero puede parecer paradójico que la legitimidad del jefe de Estado se enfrente con más y más frecuencia al descrédito popular, no obstante que su permanencia en el cargo resulte jurídicamente incuestionable. Además de esperar pacientemente que se agote el término del mandato, los opositores cuentan con herramientas poco efectivas para poner en la mesa la responsabilidad política del recién electo. Esta condición es todavía más marcada en el sistema presidencial, donde la jefatura de Estado y la de gobierno se concentran en el mismo agente. Dos ejemplos producidos este 2013, a saber, la elección presidencial de Nicolás Maduro en Venezuela y de Mohamed Morsi en Egipto, ilustran esta paradoja. *Cómo podría revocarse el mandato de un gobierno que pierde repentinamente el apoyo mayoritario si no es mediante un golpe de Estado.*

En el ámbito presidencial, el déficit de mecanismos de responsabilidad política de los funcionarios (incluso cuando éstos son electos popularmente) se agrava debido a lo deslavados que están los mecanismos de estabilización de los gobiernos. El segundo caso que aludí, acontecido en Medio Oriente, es el que tal vez muestra una amenaza más clara de retroceso potencial hacia la reinstalación de regímenes militares. Aunque el germen de esa amenaza circundaba ya la región tras la eclosión de la Primavera Árabe.

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; agradezco a Luna Mancini y a Ángel Cabrera por su valiosa colaboración en la traducción de la primera versión de este texto, que aparecerá próximamente como “Aux origines des pouvoirs d’indirizzo”, en *Mélanges en l’honneur du Président Jean-Claude Colliard: Le Droit, l’Etat, la Politique*, París, Dalloz, 2014.

Meses antes de los acontecimientos en Egipto, enérgicas protestas realizadas en más de 200 ciudades turcas condenaron indirectamente al primer ministro, Recep Tayyip Erdogan. Aunque el reclamo popular no lo expresaba en esos términos, al favorecer la instauración de un régimen presidencial, se promovía la supresión de los controles del sistema de gobierno vigente en aquel país.¹ En Egipto, el régimen presidencial heredado del periodo de Mubarak evidenció hasta qué punto la fragmentación política podría ocasionar el derrocamiento “popular” sistemático de todo nuevo vencedor electoral; siendo el primer derrocado Mohamed Morsi.

Un ciudadano que vive en un régimen presidencial, exceptuando el de los Estados Unidos de América, tiende a mirar la manera en que los europeos operan para tener gobiernos relativamente estables, por virtud de controles periódicos del propio sistema (y no solo por el ejercicio del derecho electoral, cada 4, 5 o 6 años, como quienes vivimos bajo el sistema presidencial).

En nuestro contexto mexicano, una reflexión seria sobre las limitaciones del sistema presidencial no podría obviar los importantes desarrollos planteados desde la tesis doctoral de don Jorge Carpizo.² Aunque en el presente estudio me centraré en la otra cara de la moneda de las formas de gobierno. Y en particular, una cuestión relacionada con la estabilización de los sistemas parlamentarios,³ que algunos han llamado en castellano poderes de orientación, y que fueron conocidos en Italia bajo el término poderes de *indirizzo*. Sin haber logrado ni pretendido encontrar si existe o no una liga de estas ideas con el contexto de los sistemas presidenciales, el concepto me parece útil para comprender y describir algunas de las bases comunes a ambas formas de gobierno, al justificar la instauración de límites a la arbitrariedad a través del derecho.

Se podría pensar que los sistemas parlamentarios parecen quedar exentos de conductas arbitrarias de los gobernantes. ¿Se debe esto al hecho de que la noción de responsabilidad política funciona (siempre) como fusible del sistema? Pero de forma semejante a los casos venezolano y egipcio, que pudieran anunciar un desolador panorama del sistema presidencial, diversos acontecimientos políticos del pasado reciente nos

¹ Ackerman, Bruce, “To Save Egypt, Drop the Presidency”, *New York Times*, 11 de julio de 2013.

² Carpizo, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, tesis doctoral (1978), que va en su 17a. reedición, Siglo XXI, 2003, p. 276.

³ Colliard, Jean-Claude, “La atribución de poder gubernamental según el modelo común de la Unión Europea”, *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, México, UNAM, 2010, t. V, pp. 77-86.

muestran un escenario poco menos alentador al interior de los sistemas parlamentarios. Solo en 2012 fuimos testigos de una muy prolongada ausencia de primer ministro en Bélgica; de la debacle del zar de los medios, y después de la llegada de un payaso como líder de las mayorías en Italia;⁴ de restricciones a la libertad de expresión que terminaron plasmadas como enmiendas regresivas de la Constitución Húngara... De ahí que valga la pena preguntarnos sobre la estabilización de los regímenes y sobre el papel de los jueces constitucionales en la corrección de los excesos de la mayoría del momento. Tal vez esta noción del *indirizzo* pueda arrojar algunas pistas.

I. PARA COMPRENDER EL CONCEPTO DE *INDIRIZZO*

Este concepto alude a los poderes de orientación de un régimen, tanto constitucional como político. Según se describen en su lengua original, los poderes de *indirizzo* se desprenden de las competencias conferidas a la mayoría parlamentaria del momento. Políticamente, el concepto refiere a la liga (de confianza) que se tiende entre gobierno y parlamento. Jurídicamente, el *indirizzo* expresa las limitaciones a los poderes gubernamentales, tal como se ejercen a través de la función de control constitucional.

Se verá más adelante que el concepto (que refería únicamente a la potestad de conducir políticamente el régimen) se originó para justificar el ejercicio de poderes dictatoriales. Pero la caída de las dictaduras y el consecuente advenimiento del constitucionalismo de la posguerra marcó los desarrollos posteriores del concepto y los encuadró en el modelo democrático. La evolución del concepto en dos categorías (a saber, aquella de los representantes políticos *vis a vis* de los jueces constitucionales) explica que con la normalización de la justicia constitucional en Europa, se pudo garantizar jurídicamente que una mayoría que gobierna se colocara bajo el ojo vigilante de una minoría que controla.

1. *Una función de impulso político*

Tratándose de la acción gubernamental, los referidos poderes de dirección política del gobierno pueden equipararse a la funcionalidad de diversas

⁴ Con todo mi respeto y consideración a los payasos, en Bernhard, Paul, “Clowning Achievement”, *Harpers Magazine*, junio de 2013.

nociones fundamentales. Entre estas menciono la soberanía, el multipartidismo, la descentralización política y administrativa, las libertades individuales y sociales, los mecanismos de democracia directa, el sistema de separación de poderes. Todos estos, puestos en marcha por el intermediario de órganos constitucionales en equilibrio.

En virtud de esta multiplicidad de elementos, me parece más sencillo explicar la función de *indirizzo* a través de las formas como se concibe al gobierno. Dejando a un lado la función de administración de justicia, concebida de manera independiente a las fuerzas que componen la mayoría política, el *indirizzo político* influye en todas las funciones fundamentales del Estado.

La distinción entre el *indirizzo* constitucional (léase general) y el *indirizzo* político (digase contingente), radica en que este último pretende traducir sobre el terreno de la decisión colectiva una orientación deseada por la mayoría del momento (más particularmente, por el gobierno y el parlamento). Este aspecto político debe someterse a cierto número de fluctuaciones marcadas, especialmente, en función de los diferentes programas de los competidores políticos. En cuanto al *indirizzo* constitucional, este implica que todo órgano encargado de velar sobre la aplicación de un precepto constitucional, debe someterse a las fluctuaciones, más matizadas, de la interpretación constitucional.⁵

A través del “*indirizzo político de la mayoría*”, los órganos fundamentales de la administración (entre los cuales, el jefe de Estado se ha erigido como piedra angular del poder en Italia, conforme al artículo 95 de su Constitución),⁶ representan también la culminación de un sistema de decisiones políticas sucesivas. Bajo la lógica parlamentaria, estas decisiones son una preparación para delimitar la decisión colectiva en razón de las orientaciones deseadas por la mayoría parlamentaria del momento. No obstante, el margen de maniobra de la mayoría se encuentra sometido a un cierto número de condiciones provenientes del derecho de vigilancia⁷ de la oposición.

Esta función de impulso que corresponde a la mayoría, se ejerce habitualmente con una flexibilidad bastante amplia, limitada únicamente

⁵ Ferrara, Antonio, “indirizzo político”, en Ainis, Michele (ed.), *Dizionario costituzionale*, Bari, Laterza, 2000, p. 245.

⁶ Cavino, Massimo, *L'irresponsabilità d'il Capo dello Stato nelle esperienze italiana (1958-2008)*, Milano, Giuffrè Editore, 2008, p. 386.

⁷ N. de T.- El concepto “derecho de vigilancia” se tradujo del francés “droit de regard” el cual también puede comprenderse como el derecho de ejercer un control o supervisión.

en su contenido y en sus procedimientos por las reglas de la Constitución formal. Estas reglas autorizan a los autores de la decisión colectiva a interpretar libremente la manera en que las instituciones perseguirán los objetivos generales del régimen, los cuales son definidos a través de normas y de principios constitucionales.⁸ La decisión que se implementará será determinada por una serie de orientaciones provenientes del cuerpo social, o más específicamente, de las fuerzas mayoritarias (en ocasiones, solo en los parlamentos, en otras, también en congresos y gobiernos locales).

Ahora bien, de la experiencia de los totalitarismos, también se ha establecido en términos actuales que el poder de la mayoría nunca más debe volverse absoluto; éste se encuentra, por definición, limitado por las condiciones impuestas por las fuerzas políticas minoritarias. Incluso, dichas atribuciones políticas de orientación deben estar matizadas por el sesgo de ciertos actores, constitucionalmente facultados para imponer límites a las orientaciones queridas por el polo mayoritario.

2. *Una función de contención jurídica*

Una segunda manifestación de la orientación del poder involucra a los órganos constitucionales e implica una función más general, encarnada por el “*indirizzo* constitucional”. Según esta variante del concepto, todos los órganos constitucionales participan en la ejecución de decisiones colectivas. Dentro de los sistemas parlamentarios, esta modalidad del *indirizzo*, se manifiesta mediante un rol activo (en la relación entre el cuerpo electoral, el parlamento y el gobierno), pero también a través de un rol de arbitraje (entre ellos, aquél del jefe de Estado y de la Corte constitucional en los sistemas parlamentarios). Se trata entonces de una actividad encaminada a hacer efectivas las restricciones constitucionales en función de una serie de finalidades, que aún si no están enunciadas en la Constitución formal, son coherentes y se desprenden del espíritu de la Constitución material.⁹

Estas funciones de garantía, equilibrio y control de constitucionalidad implican la protección de las reglas previstas en la Constitución. En razón de la fuerte dependencia que existe entre estas funciones, la influencia que ejercen los órganos de garantía sobre los órganos de mayoría es

⁸ Crisafulli, Vezio, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, CEDAM, 1970, vol. I, p. 98.

⁹ Barile, Paulo, “La Corte costituzionale, órgano sovrano: implicazioni pratiche”, *Giurisprudenza costituzionale*, núm. 3, 1957, pp. 907-908.

muy marcada en Italia. Dichos órganos de control son delimitados en función de la decisión tomada por el legislador.

Tales funciones de garantía, atribuidas constitucionalmente al presidente de la República y a la Corte Constitucional, representan una decisión que no es solo contingente (como la orientación de los partidos dentro de la mayoría política en el parlamento), sino que también es permanente. Ningún objetivo externo a los preceptos de la Constitución formal puede ser propuesto ni por uno ni por otro. El hecho de que el sistema de contrapesos se haya concebido de esta manera para funcionar eficazmente, implica una influencia directa de los órganos de control sobre la actividad del parlamento y del gobierno.

Así pues, la doctrina italiana ha pretendido identificar otra variante del *indirizzo*. Ésta involucra la orientación política de otros órganos, no necesariamente constitucionales. En este sentido, los sindicatos, los partidos políticos y los grupos de presión influyen y condicionan la actividad constitucional en el nivel de los otros dos tipos de *indirizzo*.

De igual forma, es pertinente delimitar dos dimensiones relativas al ejercicio de estas influencias complementarias: junto al *indirizzo político* preconizado por el gobierno central, es posible identificar diversas manifestaciones del *indirizzo* preconizadas por las entidades territoriales. Esta representación, caracterizada como “*indirizzo político-regional*”, se asemeja a las orientaciones provenientes del *indirizzo político* de mayoría. Pero si bien en este caso se trata de decisiones mayoritarias, habiendo sido expresadas dentro de los cuerpos representativos de las entidades territoriales, encuentran su origen en el interior de las voluntades sub-nacionales.¹⁰ Así entonces, en el otro extremo de las percepciones territoriales, es posible hablar de la forma en que el derecho europeo (tanto el emanado a nivel continental en el Consejo de Europa como a nivel de la Unión Europea) se encuentra tímidamente sometido a los escrutinios jurisdiccionales nacionales. En efecto, él mismo está expuesto únicamente al control político de los parlamentos (y frecuentemente escapa del análisis jurídico de las cortes constitucionales). Dicho déficit democrático puede explicarse, ya que las instituciones de la región serían controladas más en términos de política exterior y menos como productoras de normas que afectan a la Constitución.¹¹

¹⁰ Ferreres Comella, Víctor, “Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006”, *Revista Catalana de Dret Públic*, número especial, diciembre de 2010, pp. 74-78.

¹¹ Girotto, Dimitri, “Parlamentari e diritto comunitario: gli atti parlamentari di indirizzo politico in Italia e in Francia”, *Quaderni Costituzionali*, vol. XXII, núm. 3, 2002, pp. 577-582.

Cualquiera que sea el número aceptable de manifestaciones de *indirizzo* (que en última instancia serían susceptibles de una reevaluación caso por caso, según la Constitución y la práctica institucional de cada país), nos ha sido difícil encontrar referencias teóricas que indiquen de forma unánime los criterios pertinentes para establecer los límites que un sistema constitucional atribuye a los poderes emanados de sus órganos constitucionales. Nada impide que los referidos poderes sean ejercidos de manera arbitraria. De esa manera, las diversas manifestaciones de *indirizzo* deben coexistir y equilibrarse entre ellas.

3. *El efecto buscado: evitar la inestabilidad de los gobiernos*

La intensificación del carácter mayoritario de los regímenes parlamentarios ha contribuido a reducir el impulso de la responsabilidad política. Poco a poco, el aspecto vinculante de los mecanismos previstos para estabilizar al gabinete (también llamados de racionalización del parlamentarismo) tiende a disminuir, a tal punto que la responsabilidad penal llega a percibirse como el único medio para contener las decisiones de los actores políticos.¹² Con respecto a los esfuerzos institucionales desplegados para favorecer dicha estabilización de los gobiernos, las instituciones parlamentarias en Europa parecerían a medio camino de un trayecto marcado por la presidencialización del parlamentarismo.¹³ Tal vez sea por eso que el vínculo entre la toma de decisiones y la responsabilidad (en sentido amplio) siga significando un tema inacabado de los dos lados del Atlántico.

Observando el fenómeno desde el continente americano, no dejamos de preguntarnos sobre la forma en que se toman las decisiones dentro de las instituciones parlamentarias europeas, sobre todo por la forma en que los responsables políticos¹⁴ actúan, a pesar de que la oposición cuenta con mecanismos jurídicos más amenazantes frente a la mayoría (entre los que se puede mencionar la pérdida repentina de la confianza), si los comparamos con la tradición presidencial (que fuera de mecanismos que no

¹² Colliard, Jean-Claude, Conferencias en el TEPJF, del 11 al 13 de junio de 2013.

¹³ La misma cuestión, pero en sentido inverso, en Valades, Diego, *Parlamentarización de los sistemas presidenciales*, 2a. ed., México, 2012.

¹⁴ Nota del traductor. El concepto "responsable político", es utilizado para referirnos al término francés "décideurs politiques", equivalente al concepto inglés "political decision-maker", puesto que aún no se ha acuñado una expresión equivalente en castellano. El significado se refiere a aquellas personas que están la posición de tomar decisiones dentro de una estructura institucional, principalmente en virtud de su puesto.

ocurren jamás, como el del *impeachment*, carece de éstos). Pues aunque en términos actuales, parezca difícil fragilizar a la mayoría y por consiguiente sea cada vez más difícil derrocarla, la posibilidad (aún si teórica) de poner en riesgo al gobierno todavía nos parece fascinante. Y no obstante, parece que su vigencia tiende a retroceder en Europa.

Durante la década de 1970, Maurice Duverger y Jean-Luc Parodi habían propuesto llamar a este [régimen] “parlamentarismo mayoritario”; algunos años más tarde yo propuse el término “estructurado-estabilizado” que a mi juicio hacía resaltar mejor la doble característica de esta práctica, a saber la estructuración mediante grupos parlamentarios disciplinados y la estabilización a través de la solidez de la alianza, sobre todo cuando la mayoría estuviera conformada por dos, y menos frecuentemente por varios partidos. Cualquiera que sea la denominación, y aún si es la primera la que terminó siendo predominante, la realidad descrita permanece igual: el funcionamiento del régimen parlamentario se caracteriza por la estabilidad. La caída del gobierno por el parlamento resulta totalmente excepcional, aún si teóricamente, ésta sigue siendo posible.¹⁵

En los sistemas presidenciales, la posibilidad de una renuncia forzada del presidente o del gobierno no existe siquiera (como acabamos de mencionar, salvo el rarísimo caso de *impeachment*); el electorado no se pronuncia más que una vez cada elección, hasta que llegue el ansiado final del mandato y las consiguientes elecciones (presidenciales o legislativas). Aún si ocasionalmente se han esbozado algunos intentos de adaptación de los mecanismos de responsabilidad política en el contexto latinoamericano,¹⁶ considero que la noción de *indirizzo* podría ofrecer un marco adecuado para describir la manera como se construyen las decisiones colectivas en general: sin importar si se trata de un régimen presidencial o parlamentario; ya sea que analicemos la cuestión desde un punto de vista procesal o estructural, un régimen legítimo exige, entre otras cosas, una condición previa de existencia: la noción de “no-tiranía”.¹⁷ A partir de esta condición de la legitimidad, sobre el aspecto procesal de la democracia, podemos afirmar

¹⁵ Colliard, Jean-Claude, “Les différents modes de gouvernement”, *Cahiers français*, no. 300, enero-febrero 2001, p. 78.

¹⁶ Véase las memorias del coloquio en Orozco, Jesús y Ellis, Andrew, *Cómo hacer que funcione el presidencialismo; Making presidentialism work*, México, UNAM, 2009.

¹⁷ Podemos agregar a esta noción aquellas de la igualdad política y de la deliberación, Laslett P., J., “Tyranny and democratic theory”, en Fishkin, James, *Democracy and de-liberation: new directions for democratic reform*, New Haven, Yale University Press, 1991, p. 197.

que la decisión colectiva está basada sobre principios como el consenso, la mayoría o la búsqueda de la unanimidad. Por otra parte, en el aspecto estructural, la decisión colectiva está paralelamente fundada sobre otros postulados, entre los cuales encontramos el principio de igualdad y aquel de la maximización de la justicia.

Ahora bien, tanto los principios procesales como los estructurales, están en riesgo de ser manipulados a fin de implementar decisiones autoritarias. A pesar de lo anterior, dichas decisiones pueden esconderse detrás de una fachada de falsa legitimidad. Es en virtud de ello que considero más pertinente preguntarse acerca de las dificultades enfrentadas por este modelo *estabilizado*, que sobre la normalidad de los poderes de la mayoría. Sin embargo, como veremos en la segunda parte de este trabajo, resulta acaso de mayor interés revisar por qué un concepto que actualmente sirve a los europeos para entender la estabilidad de los gobiernos, es heredero directo del autoritarismo. Pero sobre todo, para entender cómo fue que logró desprenderse de él.

II. DE CÓMO EL *INDIRIZZO* SE DESLIGÓ DE LO ARBITRARIO

En ocasiones, los conceptos más acabados del constitucionalismo han servido para justificar la negación del ejercicio responsable del poder. Fue hacia finales del siglo XIX que se sentaron unas bases que, construidas por los teóricos del Estado de derecho, contribuyeron indirectamente a justificar los extremos de la arbitrariedad. Sus formulaciones fueron planteadas algunos años antes del avènement de los regímenes totalitarios, mientras que el parlamentarismo sufría el comienzo de una crisis institucional. Durante la primera mitad del siglo XX sucedió el colmo de todas las paradojas: el ascenso al poder de tiranos aceptados formalmente por la mayoría de los electores. Dentro de estos conceptos se encuentra el de los poderes de *indirizzo*.

1. *La mayoría, aunque estable, proclive a la arbitrariedad*

El espectro de la arbitrariedad siempre ha amenazado el desarrollo de los regímenes políticos. Según se expresó a favor de las dictaduras, basándose en el principio hobbesiano *Auctoritas, non veritas facem legem*, la fuerza de un mandato depende menos de su contenido que de su forma. Por primera

vez en los inicios del siglo XX, el derecho público se mostró disociado de los intereses sociales y de las esperanzas religiosas. El imperio de la ley, proclamado durante del siglo de las luces,¹⁸ debía servir a los teóricos contemporáneos para justificar las prácticas institucionales que viraban progresivamente hacia la dictadura. Según Carl Schmitt, por el hecho de emanar de él, “la decisión política del príncipe tiene fuerza de ley”.¹⁹ Para este autor, la solución a la ineficacia que existe en los órganos de decisión parlamentaria, no consiste en volver todo poderoso a un gobierno emanado del parlamento; un régimen de asamblea se mostraba tan sobrepasado como un régimen parlamentario ineficaz.

La inestabilidad gubernamental ocasionada por la sumisión extrema de la función ejecutiva a las asambleas legislativas, justificaba la disminución de los poderes de control parlamentario. Al caracterizar estos poderes como obstáculos al funcionamiento eficaz de la administración, Schmitt incluso declaró que el régimen parlamentario estaba muerto: muerto como forma de gobierno posible en Alemania. Visto desde un punto de vista liberal, su proposición conduciría al sistema parlamentario hacia la instauración de un régimen presidencial democrático. No obstante, su modelo más bien defendía la instalación de una verdadera “dictadura presidencial”.²⁰ La enorme difusión de argumentos en contra de la legitimidad del sistema parlamentario, rápidamente provocó un enfrentamiento entre el régimen de Weimar y su propio proceso de legitimación.²¹ Dentro de este mismo proceso, ningún mecanismo de control podría tomarse en cuenta durante la instauración de una administración eficaz.

¹⁸ Koselleck, Reinhart, *Le règne de la critique*, trad. por H. Hildenbrand, París, Les Éditions de Minuit, 1979, p. 169.

¹⁹ Schmitt, Carl, *Die Diktatur*, Munich, 1921, pp. 21 y ss., citado por Koselleck, Reinhart, *id.*, p. 25.

²⁰ Esto sin olvidar la realidad que se vivía en Alemania en ese momento preciso. La tradición intelectual estaba sobre todo definida en función de las corrientes anti-liberales, como el idealismo, el conservadurismo, el irracionalismo, el anarquismo o el marxismo. Cfr. el prefacio de Manuel Aragón Reyes a Schmitt, Carl, *Sobre el parlamentarismo*, trad. por T. Nelsson y R. Grueso (*Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, 1923), Madrid, Tecnos, 1990, pp. XIX-XVI.

²¹ No se puede perder de vista la crítica de Hans Kelsen sobre este tema, puesto que Schmitt afirmaba que la democracia no podía estar fundada en la pluralidad, sino en la homogeneidad. Dicha concepción monista de la democracia amenazaba, según Kelsen, a toda noción de libertad. Para Schmitt, el poder dentro de una democracia radicaba sobre todo en el proceso de homogeneización de la voluntad popular, confiada ciegamente a los representantes populares, Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1988, pp. 28-32.

La estabilidad del orden público, de esa forma asegurada desde la cúspide hacia la base, estaba fundada sobre el hecho de que la soberanía absoluta del príncipe constituía una necesidad moral aceptada por todos.²² No obstante, el surgimiento del Estado [legal] de derecho como nuevo paradigma, opuesto a los postulados del derecho natural, sería de poca utilidad para aquellos que deseaban proponer una opción de gobierno diferente a la del presidente del *Reich*. En lugar de actuar bajo el esquema de un contrapeso, el sistema jurídico servía de excusa a favor del tirano. Sin que ello se desprendiera de un efecto normativo deseado por el sistema jurídico, los límites al poder soberano se mostraron impracticables durante el régimen dictatorial alemán de la época. El régimen de Weimar erigía al presidente del *Reich* como el único poder de orientación política, encaminado a racionalizar el parlamentarismo.²³ Este rol le fue conferido mediante la facultad de decretar el estado de urgencia “cuando la seguridad y el orden público se encuentren gravemente amenazados” (de conformidad a la disposición, tristemente célebre, del artículo 48 de la Constitución de Weimar). Dicho mandato se traducía, en términos de las atribuciones del presidente del *Reich* no solo en la posibilidad de suspender el disfrute de las libertades. La declaratoria significaba a la vez el ejercicio sin reservas de todas las atribuciones de creación normativa que en tiempos normales estaban concentradas en el poder legislativo, aunque esta vez, dicha función sería ejercida a través de la expedición de ordenanzas administrativas con fuerza de ley (o decretos-ley). Fue así como el régimen Nacional Socialista funcionó fundado en una frecuente utilización de estos métodos excepcionales, que poco a poco tomarían un aspecto de normalidad, sin que para su ejercicio tuviera que mediar justificación o autorización legal alguna.

Es precisamente sobre este ejercicio incontrolado del poder, que la tradición francesa del constitucionalismo se desmarcó a tiempo de la alemana.²⁴ Basados en una desconfianza hacia las limitaciones a la soberanía popular, los teóricos franceses de la época colocaron a la protección de

²² Koriath, Stephan, “The Shattering of Methods in Latewilhelmine Germany”, en Jacobson, Arthur y Schlink, Bernhard (eds.), *Weimar, a Jurisprudence of Crisis*, Berkeley, University of California Press, 2000, pp. 41-50.

²³ Hucko, Elmar M. (ed.), *The Democratic Tradition: four German Constitutions*, Munich, Berg Publishers, 1987, pp. 155-165.

²⁴ Preconizando la instalación del “parlamentarismo racionalizado”: “un procedimiento se racionaliza en la medida en que es penetrado por el derecho”, en Mirkiné Guetzevitch, Boris, “Les nouvelles tendances du droit constitutionnel”, *RDP*, t. XLIX, núm. 1, enero-marzo de 1928, p. 28.

los derechos humanos como un obstáculo a la arbitrariedad del legislador. “Nos damos cuenta de la necesidad de controlar a los parlamentos puesto que su legislación, enmudecida por estas pasiones electorales, se ha tornado en una peligrosa amenaza para las libertades”.²⁵

Ahora bien, la Tercera República francesa (1871-1941) no sobrevivió a la invasión alemana de 1940. Sin insistir demasiado acerca de la forma en que la administración de Vichy retomó la noción de neutralidad del derecho, heredada de Weimar, para justificar abusos como la aceptación de leyes anti-judías,²⁶ la desconfianza hacia las eventuales restricciones a la voluntad popular se enraizó en el seno de la tradición francesa. Aún durante la caída del régimen colaboracionista del mariscal Pétain, ningún órgano fue capaz de paliar las incoherencias jurídicas de un gobierno que durante esos años oscuros, se mostró débil e ineficaz. Pero como era de esperarse, el ejemplo más evidente de la justificación del poder arbitrario a través de instrumentos jurídicos, se observó principalmente en Italia.

2. En el origen, una concepción autoritaria del *indirizzo*

En el periodo que comienza durante los años 1920, surgió en Italia la necesidad de una coordinación entre la acción pública y las finalidades políticas que se pretendían alcanzar, que en ese entonces estaban marcadas por la ideología fascista.²⁷ El método del *Duce*, cuyo acto simbólico de nacimiento data de marzo de 1919 en la Piazza San Sepolcro de Milán,²⁸ parecía congeniar bastante bien con los movimientos conservadores aparecidos a finales del siglo XIX en Francia, Hungría y más adelante en Alemania.

En Italia, esta expresión aparente de voluntad popular a favor del líder nacional, que justificaba su poder absoluto, llevaría incluso a erigir su

²⁵ Hauriou, Maurice, *Précis de droit constitutionnel*, 2a. ed., París, Recueil Sirey, 1929, p. 270. El texto original dice: “on se rend compte de la nécessité de contrôler les parlements parce que leur législation, mue par ces passions électorales, est devenue une dangereuse menace pour les libertés”.

²⁶ Paxton, Robert O., *La France de Vichy: 1940: 1944*, París, Le Seuil, 1997; Lochak, Danielle, “La neutralité de la dogmatique juridique: mythe ou réalité”, en Amselek, Paul, (ed.) *Théorie du droit et science*, París, PUF, Coll. Léviathan, 1994, p. 293 sq.

²⁷ Annan, Noël, *Our age*, London, 1990, p. 375, cit. por Badillo O’Farrel (ed.), *Isaiah Berlin: la mirada despierta de la historia*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 310.

²⁸ Paxton, Robert O. *Le fascisme en action*, trad. por W. O. Desmond (*Anatomy of fascism*, 2004), París, Le Seuil, 2004, pp. 18-81.

también aparente legitimidad en términos absolutos. El artículo 2o. de la ley núm. 2663 del año 1925, instituía al jefe de gobierno como el único y sólo protagonista de la dirección política general del Estado. Durante las décadas de los años treinta y cuarenta, esta función de dirección del régimen sería consolidada como una función autónoma, bajo la denominación legal de *funzione d'indirizzo politico*. Lo anterior conllevaba que se incluyeran en la agenda gubernamental, y a que las decisiones políticas expresadas dentro del programa de un partido anti-liberal se volvieran de una normalidad absoluta.

En cuanto a los antecedentes más lejanos, Benjamin Constant un siglo antes propuso la necesidad de una dirección política sometida a la responsabilidad del gabinete en su conjunto. Lo anterior debido a que la confianza depositada en el rey, respecto de los ministros, le confería, según él, el poder de actuar eficazmente.

Colocado en la cima de todos los poderes, él dirige la acción política. Es a partir de ahí que surge su inviolabilidad. Es necesario entonces dejarle esta prerrogativa intacta y respetada. No se debe nunca refutar su derecho a decidir. No es necesario que las asambleas se confieran el derecho de excluir, puesto que dicho derecho, ejercido obstinadamente, implica finalmente el derecho de nombrar... Mi intención es que la Realeza sea investida de toda la fuerza, envuelta de toda la veneración que le es necesaria para el bienestar del pueblo y la dignidad del trono.²⁹

Posteriormente, esta noción sería proyectada por Georg Jellinek en el terreno del legislador bajo la forma de “directivas constitucionales” (*Verfassungsdirektiven*). La Constitución, aún si establecía los límites exteriores a la actividad del legislador, tendía a establecer directivas que la mayoría estaba obligada a respetar a fin de dar cierto contenido a las leyes votadas.³⁰ Al ser retomadas por los italianos, la amplitud de tales atribuciones volvió inevitable el hecho de sucumbir a la tentación totalitaria. A través de esta función de *indirizzo*, la actividad del gobierno se convertía en sinónimo de actividad del Estado, dentro de la cual, la práctica fascista pugnaba por la eliminación de los centros de imputación política fuera del poder del líder nacional.

²⁹ Constant, Benjamin, *De la responsabilité des ministres*, París, Imprimerie de A. Berlin, 1815, pp. 41-42.

³⁰ Jellinek, Georg, *Gesetz und Verordnung*, Tübingen, p. 265, cit. por Crisafulli, Vezio, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrèeditore, 1952, p. 68.

Después de la caída de las dictaduras, hacia finales de la Segunda Guerra Mundial, la noción de Estado *legal* de derecho mostraría sus límites respecto del control de la arbitrariedad. Es así que el parlamentarismo mayoritario comenzó a construir una noción de *indirizzo* susceptible de ser encuadrada por el poder corrector de controles constitucionales. Es por ello que, al restablecer la democracia, el discurso antiautoritario preconizaba el revés definitivo del ejercicio de poderes concentrados, cuya lectura monista había luchado durante años (con bastante éxito, como se sabe) para cancelar cualquier interés contrario a la dictadura.

3. *La constitucionalización del indirizzo después de la guerra*

Diferenciándose siempre de la noción de oportunidad en política (concebida también en términos de apreciación discrecional), esta reformulación post-autoritaria del *indirizzo* pretendía corregir el funcionamiento de las instituciones de un continente devastado, y sumergido en la inestabilidad política.

Y aunque había que pasar de largo el temor de regresiones autoritarias, también era necesaria una cierta concentración de poderes (si bien, en aras de blindar a las administraciones) con el fin de estructurar, de forma unitaria, a las diversas funciones del Estado. Existía un consenso generalizado para arribar a reconstruir los países a partir de decisiones gubernamentales eficaces. Empero, el objeto de esta reformulación teórica de los poderes de dirección gubernamental, requería poner en sintonía esta tan ansiada eficacia de las administraciones con los principios más elementales del constitucionalismo.

Tales adaptaciones correspondían a la nueva dimensión que adquirieron los contrapesos (entre ellos la noción de *checks and balances*) hacia final de la guerra, como una delegación así deseada por el pueblo soberano.³¹ Los regímenes representativos habían aceptado que el ejercicio del poder soberano estuviera limitado por la Constitución formal. No obstante, estas reglas del constitucionalismo tuvieron que adaptarse con el fin de evitar que la dinámica gubernamental fuera amenazada por el eventual bloqueo de las minorías. De esa manera, los requeridos límites al poder arbitrario fueron redirigidos, y establecidos a favor de los derechos fundamentales. Así, la legitimación constitucional regresó a basarse en la

³¹ Stone Sweet, Alec, "Constitutional courts and parliamentary democracy", *West European Politics*, vol. 25, núm. 1, 2002, pp. 77-84.

centralidad del individuo, como elemento de naturaleza pre-política e inalienable, dirigido a limitar el ámbito de cualquier poder discrecional, y sobre todo de aquel que pudiera volverse arbitrario.

Una vez normalizadas estas transformaciones, la limitación de poderes se empezó a realizar cotidianamente (y hasta nuestros días) a través de tres formas como el ciudadano común interviene en la mayor parte de las democracias. Tales medios consisten, primero, en la posibilidad de que el cuerpo electoral elija a sus representantes; enseguida, en el establecimiento de mecanismos jurídicos para la garantía de los derechos y las libertades públicas; y finalmente, en la instauración de mecanismos de democracia semi-directa que implican una vía alternativa o concurrente para expresar la voluntad popular, adicional a la de los órganos representativos. No obstante, desde su reestablecimiento, quedó claro que la expresión de aquella voluntad soberana *individual* tampoco debía entenderse como absoluta, aún si emanara de una legitimidad democrática formal. Lo anterior, porque incluso la manifestación de la voluntad del pueblo (como la virtud según Robespierre) es incapaz de institucionalizar un poder sin límites: “La democracia es la masa ilimitada, en la que el poder se ejerce de acuerdo con el derecho y limitado por el derecho”.³²

Una vez asegurada la expresión de la soberanía, el electorado confía en el gobierno para expresar su propia voluntad. La noción de Estado de derecho, es pues concebida en términos de un Estado democrático. Bajo esta lógica, el control de la voluntad popular será coherente con la Constitución, en la medida en que el *indirizzo* de mayoría pueda ser delimitado jurídicamente.

Aún si el gobierno sigue siendo el principal órgano de dirección de la acción pública, los principios del constitucionalismo reconstruidos durante la posguerra limitaron sus atribuciones de dirección en función de las nuevas fuentes de orientación constitucional de las democracias. Estas fuentes, al encontrarse fuera de la administración, implicaban que el reconocimiento de los poderes de orientación política en el parlamento y en el cuerpo electoral, se sometieran progresivamente a la jurisdicción de las cortes constitucionales. ¿Acaso el juez constitucional se constituyó como el último eslabón en la cadena de responsabilidad política de los funcionarios elegidos popularmente?

³² Arendt, Hannah, *Essai sur la révolution*, trad. al francés de M. Chrestien, París, Gallimard, 1967, pp. 128-132.

En términos del Estado *constitucional* de derecho, las decisiones colectivas no pueden ir en contra del sistema constitucional, entendido éste como una integralidad. El equilibrio inherente al mismo sistema, por consiguiente, se pone en entredicho en el instante mismo en que una ley recién aprobada generara condiciones de desigualdad entre los obligados. Es de esta manera que, en función de la racionalidad de las leyes,³³ los jueces constitucionales se ocupan de verificar si el *indirizzo* político determinado por el legislador se cumple por el texto en cuestión, por cada análisis de casos nuevos que pongan en duda la constitucionalidad de las mismas.

Por consiguiente, la justicia constitucional tiene por objeto estabilizar el desarrollo de una política legislativa previamente establecida, ya sea para adaptar la “antigua” política con la “nueva”, o bien para hacer evolucionar la “antigua” manifestación del *indirizzo* hacia la orientación establecida por la “nueva”. Lo anterior no impide que la justicia constitucional sea acusada de parapetarse en un obstáculo para la innovación legislativa, en la medida en que la dimensión del conjunto, tal como ha sido exigida por esta coherencia normativa, se enfrente con la falta eventual de continuidad de la legislación. Cuando las reformas o adiciones a una ley fueron votadas por la mayoría, siendo éstas limitadas a cuestiones puntuales, el *indirizzo* constitucional no puede asegurar con demasiada certeza la ruta que seguirá la evolución de la legislación en general (ver por ejemplo, la falta de esfuerzos legislativos que busquen la armonización del derecho internacional al interior de un país). Dicho riesgo se reduce siempre que estemos en presencia de una mayoría política capaz de expresar claramente el *indirizzo* político que debiera conducir la acción de los órganos representativos. En este caso, cada reforma legislativa asume el carácter de un fragmento integrante del orden normativo, aunque susceptible de encontrar sentido en función de la orientación general dic-

³³ Si se pudiera confiar en la posible racionalidad del legislador, se trataría de principios de igualdad y de coherencia. En cuanto al primer principio, el legislador tiene la facultad de traducir los preceptos constitucionales a partir de “fórmulas elásticas” (tales como la utilidad pública, el interés general, la seguridad colectiva, la buena administración...) que atribuyen al juez un margen de maniobra bastante amplio para analizar la constitucionalidad de una ley. En cuanto a la coherencia de la ley, el juez se sirve de criterios normativos a fin de percibir cuales son las manifestaciones de la contradicción que fragmentan la ley, de su contradicción y de su antinomia respecto de la Constitución. Es pues en función de estos dos criterios que las cortes constitucionales deben circunscribir los límites de dicho margen interpretativo, en Sandulli, A. M., “Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale”, *Diritto e Società*, núm. 3, 1975.

tada por la nueva legislación. Es de esta forma que el juez constitucional puede convertirse en un aliado de la mayoría del momento, en la medida en que la racionalidad de las reformas analizadas le permita armonizar todo lo “antiguo” con lo que acaba de ser votado como “nuevo”.³⁴ Así pues, la política legislativa es susceptible de evolucionar, aún si permanece siempre condicionada a ciertos criterios de racionalidad, los cuales determinan el desarrollo posterior del sistema político.

Pero, ¿cómo hace el juez para decidir qué innovaciones legislativas son racionales y cuáles no lo son? El juez debe entonces guiarse por ese *indirizzo* de creación normativa, y trazar un vínculo entre dicha ley y un postulado ya existente en el sistema normativo.³⁵ La ley no puede ser considerada como no-arbitraria, salvo si algún tribunal de constitucionalidad tuvo el cuidado de *purgarla* de vicios (haciendo alusión al *retrait du venin* del contencioso administrativo francés).

Actualmente, las decisiones de la mayoría, que debieran encarnar tanto al *indirizzo* político como a las apreciaciones discrecionales del poder soberano representado por el legislador, no pueden ser ni irracionales, ni irrazonables, ni injustas.³⁶ Esa es la razón por la que los sistemas parlamentarios establecieron los controles derivados del contencioso constitucional, a efecto que la acción del legislador nunca más condujera a la función parlamentaria, ni a la gubernamental, hacia la arbitrariedad.

Los límites de la arbitrariedad se desprenden de principios generales que se encuentran en toda Constitución.³⁷ La definición de estos poderes de *indirizzo* comprende adicionalmente una acción en múltiples etapas, que inician con una fase teleológica (de jerarquización de fines), se continúan de una fase instrumental de elección de medios), y culminan con una fase de aplicación (o de realización de las finalidades, y por ende de los principios).³⁸ Respecto del control de lo arbitrario, éste implica la imposición de límites al ejercicio del poder, en razón del contenido nor-

³⁴ Zagrebelsky, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1988, p. 153.

³⁵ Corasaniti, Aldo, “La ragionevolezza come parámetro del giudizio di legittimità costituzionale”, en *Diritto e Società*, núm. 1, 1995, p. 5.

³⁶ “... né irrazionali, né irragionevoli, né ingiuste”, según el significado de estas tres nociones en el contexto del control de la arbitrariedad, *cf.* Zagrebelsky, Gustavo, *cit.*, núm. 34, pp. 147 y ss.

³⁷ Crisafulli, Vezio, “Aspetti problematici del sistema parlamentare vigente in Italia”, *Studi in onore di E. Crosa*, vol. I, Milano, 1960, p. 43.

³⁸ Martines, Temistocle, “Indirizzo politico”, *Enciclopedia del diritto*, vol. XXI, Milano, Giuffrè Editore, 1971, pp. 136-142.

mativo de diversos actos formales que emanan de la pluralidad de los órganos estatales.³⁹

Según dicha concepción, solo las decisiones políticas que emanen de las fuerzas mayoritarias pueden gozar de una eficacia jurídica, en sí mismo incontrovertible. Mientras se describan en términos de oportunidad, las decisiones de los órganos políticos, únicos facultados para tomar las decisiones sobre la orientación de la decisión colectiva, no podrían ser susceptibles de control. “De esta forma, como consecuencia de la progresión del control, aquello que se entendía como una cuestión de oportunidad se convierte luego en una cuestión de legalidad... hasta que finalmente, no queda control; sólo queda legalidad”.⁴⁰ Es de esta manera que otros intereses que tienen relación con la política, actúan más bien como elementos exteriores de la orientación política de la decisión colectiva, que poco a poco se normalizan como elementos jurídicos. Estas influencias, derivadas del conjunto de relaciones y de interferencias de los actores políticos, son susceptibles de orientar la decisión colectiva, sin necesariamente delimitarla en sentido jurídico. Y el ciclo se repite, de vuelta a lo político. La distinción entre lo político y lo jurídico permite así diferenciar a la simple “actividad política” de su orientación jurídica propiamente dicha. Por virtud de las evoluciones del constitucionalismo, tal como fue descrito en el pasado medio siglo, el *indirizzo* es entonces concebido como un elemento “normativo” y no simplemente como un elemento “fáctico” de influencia.

No es por casualidad que dicha preocupación de volver al autoritarismo haya sido expresada en los primeros años de la posguerra. De toda la evolución, entendida al día de hoy, podemos advertir que el control de la mayoría política implica discernir, como primer problema, si el sistema normativo es o no apto para equilibrar los diferentes componentes de las asambleas representativas, en tanto órganos donde recae directamente la soberanía popular.

³⁹ La libertad del agente o funcionario, al momento de escoger los fines, no implica una discrecionalidad absoluta. Es así que podemos distinguir entre una limitación normativa y aquella que Martines definió en términos de limitación teleológica. La definición normativa de los límites impone a los actores políticos un cierto número de conductas, a la vez que les permite una libertad de movimiento ahí donde el derecho no ha instaurado reglas todavía. Por el contrario, la imposición teleológica conlleva un compromiso “positivo” de los sujetos involucrados, a fin de alcanzar únicamente los objetivos determinados por la norma, en Cheli, Enzo, *Atto político e funzione di indirizzo politico*, Milano, Giuffrè Editore, 1961, pp. 111-114.

⁴⁰ Chapus, René, *Droit administratif général*, 8a. ed., vol. I, París, Montchrestien, 1995; Timsit, Gérard, *Archipel de la norme*, París, PUF, 1997, p. 107.

Los poderes de orientación de un régimen conducen ocasionalmente a las ramas específicas del poder (Ejecutivo, Legislativo o Judicial) a persistir en el logro de objetivos concretos. Tomando como caso paradigmático la rama judicial de los continentes americano y europeo, podemos pensar que decisiones como la afirmación nacional del derecho constitucional sobre los tratados internacionales (para el caso norteamericano); como la pluralización de la práctica de los derechos fundamentales (para el caso europeo), o en la normalización del control convencional (para el contencioso constitucional y legal latinoamericano), no sean resultados casuales.

La ruta está trazada en la Constitución; pero los agentes del Estado son los responsables de actualizar esas competencias en la dirección que les ha sido dispuesta por la norma fundamental. Una determinada decisión de los jueces, orientada hacia la estabilización más que a la debilitación de los gobiernos, parece ilustrar la forma en que las cortes constitucionales han orientado el ejercicio de sus competencias en los últimos años. La imbricación de los poderes, así entendida, tiende más a la armonización que a la competencia entre poderes. Acaso sean éstas algunas de las consecuencias que los poderes de *indirizzo* proyectan de manera constante a sistemas parlamentarios y presidenciales.

DEFENSA DEL HONOR Y DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN. EL EMPEÑO PEDAGÓGICO DE JORGE CARPIZO

Raúl TREJO DELARBRE*

SUMARIO: I. El Universal *creyó la versión de un narcotraficante sin consultar al afectado*. II. *Honor y reputación lesionadas en un libro que acusó sin fuentes acreditadas*. III. *La ley de 2006 que ampara vida privada, honor e imagen de las personas en el Distrito Federal*. IV. *Defensa de la libertad de expresión y de los derechos de información y réplica*. V. *Periodismo difícil, poco riguroso con sus fuentes, complaciente con sus lectores*. VI. *Vehemente alegato por la moral pública*.

Genio y figura, la congruencia de Jorge Carpizo era proverbial. Era un convencido de la cultura de la legalidad. La defendió y contribuyó a construirla desde la reflexión académica y la elaboración jurídica. Pero también luchó por el respeto a las leyes desde el servicio público y como ciudadano. Entre sus temas favoritos se encontraba la libertad de expresión. Estaba persuadido de que sin garantías plenas a la información y la deliberación, la democracia mexicana seguiría incompleta. Junto con ello también sostenía que esa libertad, para ser patrimonio de la sociedad y no solo de algunas empresas, tenía que ser garantizada con un entramado legislativo capaz de atemperar abusos de los medios de comunicación. Los medios y quienes se desempeñan en ellos tienen derecho a la expresión libre. Pero la sociedad tiene derecho a contar con medios de comunicación que no la engañen y los ciudadanos, cuando son afectados por errores y difamaciones en los medios, tienen derecho a que sus aclaraciones sean publicadas.

A fines de 1999, el doctor Carpizo escribió:

La libertad de expresión es un derecho fundamental de especial importancia al que siempre hay que defender, pero la libertad de expresión no es el derecho a mentir; no es sinónimo de difamación y calumnia; no es el derecho

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Sociales de la UNAM.

a desdibujar, alterar o maquillar la realidad; no es el derecho a confundir a la audiencia; no es el avasallamiento de los otros derechos humanos; no es la sustitución de los tribunales; no es el derecho a crear nuevas inquisiciones.¹

Carpizo conocía puntualmente el sentido de esas palabras. Lo sabía porque había estudiado el poder de los medios y había escrito también sobre los derechos de las personas delante de poderes como el que conforman las empresas de comunicación. Y lo sabía porque un par de años antes había tenido que buscar la protección de la justicia para defenderse de una difamación publicada por uno de los periódicos más importantes del país.

Más de una década después, Carpizo acudió de nuevo a la denuncia judicial para defender su fama pública, ahora de las calumnias difundidas en un libro de extensa circulación. En ambos casos se defendió a sí mismo pero además, al hacerlo, desempeñó una acción pedagógica. Carpizo tenía la certeza de que, con acciones judiciales como esas, contribuía a subrayar la importancia que tienen temas como el derecho de las personas a defender su reputación y a establecer precedentes legales. En este artículo se narran los motivos y las razones de Carpizo en las demandas legales que presentó en octubre de 1997 y en enero de 2012.

Muchos ciudadanos, aunque tengan responsabilidades y prestigios públicos, son reacios a reclamar de esa manera cuando en los medios de comunicación se les difama. Carpizo no. Era un empedernido defensor de la libertad de expresión, a la que dedicó centenares o quizá millares de páginas tanto para explicarla conceptualmente como para preservar su ejercicio y proponer mejoras legales que amparasen el derecho a la información de los ciudadanos.² Pero justamente porque estaba convencido de la importancia de la información y del papel que desempeñan los medios en la sociedad contemporánea, insistía en la responsabilidad con la que están obligados los comunicadores.

¹ Carpizo, Jorge, “Los medios de comunicación masiva y el estado de derecho, la democracia, la política y la ética”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXII, núm. 96, septiembre-diciembre de 1999, p. 747.

² En otro libro en homenaje a Carpizo hice un recuento de sus puntos de vista sobre derecho a la información, libertad de expresión y medios de comunicación: Trejo Delarbre, Raúl, “Jorge Carpizo y el poder de los medios de comunicación”, en González Pérez, Luis Raúl y Villanueva, Ernesto (coords.), *Libertad de expresión y responsabilidad social. Estudios en homenaje al doctor Jorge Carpizo*, México, UNAM-Oxford University Press, 2013, pp. 526-542.

I. *EL UNIVERSAL* CREYÓ LA VERSIÓN DE UN NARCOTRAFICANTE SIN CONSULTAR AL AFECTADO

Tuvieron que pasar 17 meses y una demanda judicial para que el periódico que se ufana de ser “El Gran Diario de México” publicara la aclaración que Jorge Carpizo envió para refutar una información calumniosa. No se trataba de cualquier ciudadano. El afectado por la nota de primera plana que apareció el 25 de abril de 1997 había sido rector de la UNAM, presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, procurador general de la República y secretario de gobernación, entre otros encargos públicos. En aquellas fechas era embajador en Francia. No era un desconocido, ni un personaje público de autoridad moral cuestionable. Todo lo contrario. La honestidad del doctor Carpizo había sido ratificada en cada una de esas y otras responsabilidades. Pero ni siquiera por eso *El Universal* verificó la autenticidad de las acusaciones que se le hacían en aquella nota. Peor aún, los editores de ese diario decidieron ocultar a sus lectores la comedida carta aclaratoria que Carpizo les envió desde París.

Jorge Carpizo había experimentado una de las contrariedades más arduas en su desempeño público cuando, la mañana del último viernes de abril de 1997, leyó en la capital francesa el encabezado que destacaba en la edición de *El Universal* en Internet: “Entregó Carpizo 30 caballos pura sangre a Raúl; fueron valuados en US3 millones”.³ En una nota del reportero Miguel Badillo se aseguraba que, siendo procurador general de la República, el doctor Carpizo le había entregado a Raúl Salinas, hermano del presidente de la República, unos caballos que le habían sido confiscados al narcotraficante Joaquín Guzmán Loera, “El Chapo”. La fuente de esa información era el propio delincuente, a quien el periódico le daba amplia tribuna pero sin consultar a Carpizo, inculcado de manera tan inopinada. El propósito de perjudicarlo era subrayado por la incorporación de una fotografía suya junto a la nota, que tenía como pie de foto: “Jorge Carpizo McGregor, Generosidad”.

Guzmán llevaba cuatro años en prisión, después de haber sido detenido cuando el doctor Carpizo era procurador general. Ni siquiera esa circunstancia importó para que los editores del periódico estimaran que con esa denuncia el narcotraficante quería desquitarse del exprocurador que lo había encarcelado. Por eso Carpizo, celoso siempre de cuidar su

³ Badillo, Miguel, “Entregó Carpizo 30 caballos pura sangre a Raúl; fueron valuados en US3 millones”, *El Universal*, 25 de abril de 1997.

reputación, envió de inmediato una carta aclaratoria. “Desde luego la nota **no** es cierta y es una inmensa **calumnia**. Los bienes asegurados se manejaron de acuerdo con la normatividad respectiva y con toda honestidad. Yo también solicitaré que se realice una investigación profunda sobre los bienes asegurados a «El Chapo» Guzmán...”. Y explicaba que: “«El Chapo» Guzmán quiera vengarse, no me extraña, lo que sí me extraña es que un periódico dé cabida a un dicho de un criminal convicto en contra de quien lo consignó; creo que para ello, por la mínima seriedad, sería necesario que presentara alguna prueba”.⁴

Carpizo entendía que esa falsedad en contra suya era parte de un contexto de crispación en la vida pública y de aturdimiento en y por parte de los medios de comunicación. Las víctimas de los medios tenían la responsabilidad de exigir reparación a las imposturas que se decían de ellos como única vía para contribuir a despejar ese panorama turbio. Se trataba de una obligación personal pero también social. Por eso insistía en el mismo documento: “Considero que los que sufrimos las calumnias tenemos un alto grado de responsabilidad en el clima que algunos medios masivos de comunicación han creado en México por no haber hecho uso de los recursos jurídicos que existen en estos casos. Estoy persuadido de que sólo con la ley y únicamente con ella se podrá lograr que todos nos expresemos con responsabilidad y veracidad”.

El Universal no publicó la aclaración del doctor Carpizo, aunque sí apareció en otros diarios (*Excélsior*, *El Sol de México* y *El Nacional*). Y en vez de la carta, el 26 y el 28 de abril en la sección editorial de *El Universal* aparecieron dos caricaturas que hacían mofa de ese asunto. La primera de ellas, del caricaturista Omar (Omar Díaz) comparaba la noticia sobre los caballos en disputa con la “caballada flaca” que había en el PRI, es decir, no era un cartón que hiciera burla del exprocurador. La otra, del caricaturista Carreño (Luis Carreño) mostraba el rostro de Carpizo delante de un largo cuello de caballo del cual colgaba un cartel con el titular de la nota sobre los pura sangre valuados en 3 millones de dólares.

Carpizo insistió para que su réplica fuera publicada pero el periódico siguió negándose. El 26 de abril el abogado de Guzmán Loera envió a la PGR una carta en donde aseguraba que su cliente no había presentado ninguna denuncia contra Carpizo y que los caballos mencionados en la nota de *El Universal* nunca fueron suyos. De manera formal, la nota inculpativa contra Carpizo se había quedado sin sustento. Pero ni así *El Universal* aclaraba esa información.

⁴ Carpizo, Jorge, “Precisiones y puntualizaciones de Jorge Carpizo Mac Gregor”, *El Universal*, 28 de septiembre de 1998. Negritas en el original.

El director y el reportero de ese diario actuaron “con dolo y mala fe, en forma calumniosa y difamatoria”, aseguraron más tarde Carpizo y sus representantes legales del despacho Alonso Abogados, S.C. Con las publicaciones que lo afrentaban, explicaron, los demandados “afectan la honra y la fama pública del doctor Jorge Carpizo Mac Gregor, desacreditándolo como persona honesta...”.⁵ La mala fe del periódico se acentuaba con la decisión de no publicar la carta aclaratoria del embajador en Francia.

Debido a ese silencio y después de insistir en la publicación de su carta seis meses más tarde, el 2 de octubre de 1997, Carpizo presentó una demanda judicial de carácter civil contra *El Universal* y su director y propietario, Juan Francisco Ealy Ortiz, así como en contra del reportero Miguel Badillo y los dos caricaturistas. También demandaba al narco-trafficante Joaquín Guzmán. En ese documento, Carpizo sostenía que la publicación de las calumnias en su contra le habían causado daño moral y reclamaba una reparación económica de un millón de pesos, así como la publicación de la sentencia judicial.

La respuesta de *El Universal* fue la publicación, el 28 de octubre, de otra nota falsa, ahora diciendo que había una auditoría “por gastos excesivos” de Carpizo en la embajada en Francia. No había fuentes acreditadas sino especulaciones: “se conoció”, “aseguró la fuente”, etcétera.⁶ El 5 de noviembre *El Universal* anuncia que contrademandó a Carpizo y vuelve a mentir al asegurar que en abril anterior, además de unas declaraciones radiofónicas del exprocurador, “se publicó una carta aclaratoria que envió el embajador a ‘El Gran Diario de México’, en la que niega su participación en la presunta entrega de dichos caballos a Raúl Salinas”.⁷ En esa misma nota, se insiste más adelante que en la respuesta legal, “se demostró ante el juez que la carta de Carpizo McGregor sí se publicó, incluso ampliada con sus declaraciones a la radio, en primera plana”.

El periodista Marco Levario Turcott, de la revista *Etcétera*, revisó una por una, en la hemeroteca, las ediciones de *El Universal* del 26 de abril al 31 de mayo pero “no encontró la carta aclaratoria de Jorge Carpizo

⁵ Carpizo Mac Gregor, Jorge, *demanda contra Juan Francisco Ealy Ortiz, El Universal Compañía Periodística Nacional S.A. de C.V., Miguel Badillo, Omar Díaz Trujillo, Luis Tonahtuh Carreño Limón y Joaquín Guzmán Loera*. Juicio ordinario civil. 2 de octubre de 1997, fotocopia.

⁶ Levario Turcott, Marco, “Víctimas de los medios”, en González Pérez y Villanueva (coords.), *cit.*, p. 689.

⁷ *El Universal*. Nota sin firma, “Refuta EL UNIVERSAL demanda de Carpizo; «los cargos, dolosos»”, 5 de noviembre de 1997.

que ese diario sostiene haber publicado”.⁸ Lo único que se dijo de esa misiva fue, en una nota publicada el 26 de abril, al día siguiente de la información falsa sobre los caballos del narcotraficante, que Carpizo había enviado una carta aclaratoria. *El Universal* mencionó la existencia de ese documento pero no lo publicó.

Casi un año más tarde, la justicia funcionó. Cuando la demanda de Carpizo estaba a punto de prosperar y el juez que estudiaba ese asunto se disponía a ordenar el pago de la reparación exigida por el calumniado exrector, el 28 de septiembre de 1998 *El Universal*, por fin, dio a conocer la carta. Apareció en la página 2 del periódico, con un discreto llamado en la primera plana.

Jorge Carpizo aceptó la petición del director y propietario de *El Universal*, Juan Francisco Ealy Ortiz, para desistirse de la demanda a cambio de la publicación de esa aclaración. El propósito del exrector no había sido obtener un beneficio económico sino una reparación pública mediante la difusión de su misiva. Es decir, no fue por convicciones éticas ni por una repentina vocación de apego a la ley que *El Universal* decidió publicar la carta de Carpizo. Fue para ahorrarse un millón de pesos. Años después Carpizo relataba con humor aquel episodio para insistir en la pertinencia de que los ciudadanos, fuesen o no personajes públicos, exigieran a los medios de comunicación la reparación de errores cuando afectaban su honor o su prestigio.

II. HONOR Y REPUTACIÓN LESIONADAS EN UN LIBRO QUE ACUSÓ SIN FUENTES ACREDITADAS

Aquel diferendo con *El Universal* formó parte de las experiencias que le confirmaron al doctor Carpizo la necesidad de que en México hubiera garantías claras para la defensa de las personas cuando son afectadas por abusos de los medios de comunicación. La fama pública, el prestigio, la honra, son patrimonios inalienables de las personas y forman parte de los derechos que protege un régimen jurídico avanzado y capaz de apuntalar una auténtica democracia.

Pocos meses después del desenlace de aquella demanda, Carpizo escribió, junto con el también investigador Antonio Gómez Robledo, una

⁸ Levario Turcott, Marco, “*El Universal* y otros desmentidos”, *Etcétera*, núm. 250, 13 de noviembre de 1997.

amplia reflexión sobre las garantías necesarias para el respeto a la vida privada y la honra de las personas. En una revisión del contexto internacional que respalda esos derechos, apuntaron:

Resulta indispensable ir creando la costumbre de que las personas cuyos derechos y libertades son violadas en estos aspectos del orden jurídico, acudan a la vía jurisdiccional a defenderse, que los abogados hagan valer ante los tribunales los alcances del artículo 6o. constitucional así como los tratados internacionales ratificados por nuestro país; que los jueces vayan estableciendo los precedentes judiciales...⁹

Los autores de ese ensayo recuerdan, entre otras, que una de las fuentes jurídicas más relevantes en la protección de tales derechos es la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por las Naciones Unidas en diciembre de 1948. El artículo 12 de esa Declaración dispone: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

La honra es el respeto que nos tenemos a nosotros mismos y el que nos tienen los demás. “Estima y respeto de la dignidad propia. / Buena opinión y fama, adquirida por la virtud y el mérito. / Demostración de aprecio que se hace de alguien por su virtud y mérito”: esas son las principales acepciones de ese término que registra el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

Reputación, es definida así: “Opinión o consideración en que se tiene a alguien o algo. / Prestigio o estima en que son tenidos alguien o algo”.

De tal manera que no había duda de que la reputación y la honra de Carpizo eran lastimadas por las afirmaciones falsas que publicó acerca de él la periodista Anabel Hernández en el libro *Los señores del narco*, cuya primera edición apareció fechada en noviembre de 2010.¹⁰

En ese libro se difundieron acusaciones sobre presuntas irregularidades en manejos de fondos destinados a recompensas por la captura de delincuentes y en el seguimiento a denuncias judiciales relacionadas con la persecución al narcotráfico cuando Carpizo encabezó la Procuraduría

⁹ Carpizo, Jorge y Antonio Gómez-Robledo Verduzco, “Los tratados internacionales, el derecho a la información y el respeto a la vida privada”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 97, enero-abril de 2000, p. 11.

¹⁰ Hernández, Anabel, *Los señores del narco*, México, Grijalbo, 2010.

General de la República. Para enfrentar esas imputaciones y reclamar su aclaración, el doctor Carpizo presentó en enero de 2012 una demanda civil por daño moral contra la periodista y la casa editorial, Random House Mondadori S.A. de C.V. En esa demanda, Carpizo fue auxiliado por la doctora Perla Gómez Gallardo, profesora e investigadora en la UAM Cuajimalpa y conocida especialista en temas relacionados con el derecho a la información.

Entre las páginas 45 y 46 de *Los señores del narco* se recuerda la recompensa de un millón de dólares que en 1993, cuando Carpizo era titular de esa dependencia, ofreció la PGR a quien diera informes que permitieran aprehender al narcotraficante Joaquín Guzmán Loera, “El Chapo”. En el libro se dice que 300 mil dólares fueron entregados al gobierno de El Salvador y otros 300 mil al gobierno de Guatemala, países en donde había estado escondido ese delincuente. Sobre el destino del resto de ese dinero la reportera aventura: “Nadie sabe qué pasó con los otros 400 mil dólares de la recompensa. Hay quienes insinúan que Carpizo se los quedó”.

Así, con notorio desparpajo, sin ofrecer mayores explicaciones y sobre todo sin citar fuente alguna, la señora Hernández dejó sembrada una especulación que, en ausencia de más contexto, se convirtió en acusación. Puesto que no apuntaló esa afirmación en ningún dato ni la atribuyó a documento o informante algunos, la responsable de tal versión fue ella misma.

Carpizo, en su demanda, documenta un error tras otro de la reportera. La mitad del millón de dólares fue entregada a funcionarios del gobierno de Guatemala que colaboraron en la captura del narcotraficante; además 200 000 fueron para funcionarios salvadoreños y 300 000 dólares para funcionarios mexicanos.¹¹ La entrega de esos montos fue certificada notarialmente. Toda esa información había sido publicada en un boletín de prensa de la Procuraduría General de la República el 1o. de julio de 1993.

Aquel boletín de prensa era público y la periodista no se tomó la molestia de consultarlo, presumiblemente porque no indagó el destino de la recompensa en fuentes oficiales. Sin lugar a dudas todo periodista que quiera llegar a la verdad tiene que buscarla en fuentes de diversa índole y los comunicados oficiales no suelen ofrecer toda la información que le hace falta a un reportero que trabaje con seriedad. Pero la indagación en fuentes variadas no cancela la necesidad de acudir a las de carácter

¹¹ *Carpizo Mac Gregor, Jorge, vs. Anabel Hernández García y Random House Mondadori, S.A. de C.V.*, Juicio Ordinario Civil. Daño moral. Demanda presentada el 10 de enero de 2012 en el Juzgado 65 de lo Civil Exp. 0064/2012. Versión digital, p. 13.

institucional. Carpizo, en su denuncia, exhibe el comportamiento poco profesional de la periodista:

... se supone que la C. Anabel Hernández García, como ella misma escribió, realizó una investigación periodística, y la información que dice que no se sabe qué pasó se encuentra en el órgano informativo oficial de la Procuraduría General de la República. Entonces ¿realizó o no una investigación periodística o se dejó llevar por ‘insinuaciones’ contrarias a los documentos oficiales y después de 17 años de acontecidos? ¿Por qué? ¿Quiénes insinúan? ¿Por qué le merecieron credibilidad? y ¿Por qué ignoró los documentos oficiales al respecto? Si se supone que hizo una investigación precisamente de documentos oficiales, entre otros elementos.¹²

Por otra parte, en distintos pasajes de su libro Hernández asegura que durante la gestión de Carpizo en la PGR desaparecieron los expedientes de dos averiguaciones en las que se involucraba a los empresarios Mario y Olegario Vázquez Raña en dos supuestos delitos (uno relacionado con un crimen en Iguala en 1992 y el otro por el presunto uso que hacían narcotraficantes de un hangar concesionado a esos empresarios en el aeropuerto de la Ciudad de México). Sobre el primer asunto, Carpizo explicó en la demanda que durante su gestión fue desahogado el expediente acerca de los hechos en Iguala y menciona los documentos en donde esa consignación fue publicada.¹³ Sobre el supuesto uso delictivo del hangar de los mencionados empresarios, declaró que nunca conoció esa versión pero que si hubo alguna indagación al respecto fue antes de su gestión en la PGR. La reportera incluye en el libro el fragmento de un documento al que denomina “parte informativo” en donde se hace alusión a una empresa propietaria de aviones que, según se afirma allí, eran utilizados por narcotraficantes y aterrizaraban en el mencionado hangar. En la demanda judicial, Carpizo le exige a Hernández que entregue el documento de donde tomó ese fragmento. Si se tratase de un expediente de la PGR extraviado (antes de la gestión de Carpizo) para entorpecer una averiguación, la reportera estaría en posesión de un documento mal habido.¹⁴

Un asunto más, también mencionado en *Los señores del narco*, es el encausamiento del excomandante judicial Guillermo González Calderoni, a quien la PGR, siendo Carpizo procurador, acusó de enriquecimiento

¹² *Ibidem*, p. 14.

¹³ *Ibidem*, p. 19.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 20 y 21.

ilícito, abuso de responsabilidad y tortura, entre otros delitos. La periodista Hernández considera en el libro que esa acción judicial fue tardía pero el ex procurador explica en su demanda que ocurrió cuando existieron pruebas sólidas contra ese exagente. González Calderoni se había refugiado en Estados Unidos protegido por la agenda anti narcóticos, DEA.

En realidad no debería haber dudas sobre la decisión de Carpizo para encarcelar a González Calderoni. De hecho, el asunto lo convirtió en una causa prácticamente personal. En los años siguientes a la consignación judicial con frecuencia se refirió a ese tema, mientras el expolicía seguía en territorio estadounidense desde donde, de cuando en cuando, hacía declaraciones para diversos medios de comunicación mexicanos. En febrero de 2003 González Calderoni fue ejecutado a balazos en McAllen, Texas.

Carpizo se refirió a las complicidades criminales de González Calderoni al menos en uno de sus libros en donde incluyó documentos suyos y entrevistas.¹⁵ De ese libro, anexó un ejemplar a la demanda presentada en enero de 2012. Al ex procurador le incomodó mucho que en el libro de Hernández se dijera que no había hecho todo lo necesario para llevar a González Calderoni ante la justicia. Por eso incluyó ese tema en la demanda.

III. LA LEY DE 2006 QUE AMPARA VIDA PRIVADA, HONOR E IMAGEN DE LAS PERSONAS EN EL DISTRITO FEDERAL

Esas fueron las afirmaciones publicadas en *Los señores del narco* que Jorge Carpizo consideró agraviantes para él. A causa de ellas, solicitó en el juicio civil las siguientes reparaciones:

De la periodista Anabel Hernández, el demandante requirió: *a*) una aclaración pública “respecto de las manifestaciones que afectaron el derecho al honor del suscrito”, *b*) que en siguientes ediciones del libro se publicara la sentencia condenatoria, *c*) la publicación de extractos de la sentencia en dos diarios nacionales, *d*) el pago de los gastos del juicio.

De la empresa Random House Mondadori, propietaria de Editorial Grijalbo: *a*) la publicación de un extracto de la sentencia y de la aclaración que debía hacer la periodista en las siguientes ediciones del libro;

¹⁵ Carpizo, Jorge, *Anatomía de perversidades. Reflexiones sobre la moral pública en México*, México, Aguilar, 2000.

b) la incorporación de un inserto con la sentencia en los ejemplares del libro que ya hubieran sido editados; c) la publicación de un extracto de la sentencia en dos diarios nacionales distintos a los periódicos en donde la autora debería financiar el pago de ese texto; d) el pago de gastos del juicio.¹⁶

Carpizo no reclamó una reparación económica. A diferencia de 1997 cuando presentó la demanda contra *El Universal*, tres lustros más tarde en la Ciudad de México existía la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen. Carpizo fincó su demanda de 2012 en esa ley.

Aprobada por unanimidad el 27 de abril de 2006 por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, esa ley enfrenta el difícil equilibrio entre la protección de derechos relacionados con la fama pública de los ciudadanos y el derecho tanto individual como social a la libertad de expresión. El dictamen presentado a los legisladores locales que aprobaron esa ley, reconocía que es imprescindible garantizar la libertad de expresión pero que los derechos relacionados con la personalidad y el honor también forman parte de los derechos humanos que toda sociedad contemporánea debe asegurar a sus integrantes. Esa es una tendencia en el derecho internacional pero también ha sido advertida por organismos jurisdiccionales de nuestro país. En ese dictamen se recordaban sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros ordenamientos:

La Corte ha indicado que es fundamental que los periodistas que laboran en los medios de comunicación gocen de la protección y de la independencia necesarias para realizar sus funciones a cabalidad, ya que son ellos quienes mantienen informada a la sociedad, requisito indispensable para que ésta goce de una plena libertad y el debate público se fortalezca.

Con todo, es importante destacar que el derecho a las libertades de expresión no son un derecho absoluto, sino que pueden ser objeto de restricciones, tal como lo señala el artículo 13 de la Convención en sus incisos 4 y 5. Asimismo, la Convención Americana, en su artículo 13.2, prevé la posibilidad de establecer restricciones a la libertad de expresión, que se manifiestan a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho, las cuales no deben de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo e indirecto de censura previa. Para poder determinar

¹⁶ *Carpizo Mac Gregor, Jorge, vs. Anabel Hernández García...*, cit., pp. 2 y 3.

responsabilidades ulteriores es necesario que se cumplan tres requisitos, a saber: 1) deben estar expresamente fijadas por la ley; 2) deben estar destinadas a proteger ya sea los derechos o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública; y 3) deben ser necesarias en una sociedad democrática.¹⁷

Presentada como iniciativa por el diputado local Roberto Reyes Gámiz, con esa ley los legisladores del Distrito Federal buscaron garantizar, a la vez, los derechos ciudadanos ante los medios y el derecho a la libertad de expresión. Las faltas a esas prerrogativas se sancionan sin incurrir en castigos corporales. La tendencia a despenalizar los delitos de opinión forma parte de las regulaciones más recientes, para tales asuntos, en el campo internacional. El dictamen a la Ley de Responsabilidad Civil en la Ciudad de México reconoció esas prácticas:

En México, cuando entra en colisión el derecho a las libertades de expresión e información con otros bienes jurídicos protegidos como el derecho a la vida privada, al honor y a la propia imagen, se ha buscado resolver de manera paralela por la vía penal y por la vía civil. Es importante señalar que la vía civil debe ser la única vía legítima para resolver este conflicto de derechos.¹⁸

Promulgada en mayo de 2006, la ley que protege la vida privada, el honor y la imagen en el Distrito Federal define el segundo de esos conceptos —que es el que interesa para el tema de este artículo— de la siguiente manera:

Artículo 13.- El honor es la valoración que las personas hacen de la personalidad ético-social de un sujeto y comprende las representaciones que la persona tiene de sí misma, que se identifica con la buena reputación y la fama.

El honor es el bien jurídico constituido por las proyecciones psíquicas del sentimiento de estimación que la persona tiene de sí misma, atendiendo a lo que la colectividad en que actúa considera como sentimiento estimable.¹⁹

La apreciación de sí mismo, imbricada con la que otras personas tienen de un individuo, conforman los elementos en esa definición del honor.

¹⁷ Asamblea Legislativa del Distrito Federal, *Diario de los Debates*, III Legislatura, año 3, núm. 18, 27 de abril de 2006, p. 328.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ “Ley de Responsabilidad Civil Para la Protección de la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal”, *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, 19 de mayo de 2006.

La discusión conceptual sobre ese tema tiene vertientes jurídicas, sociales, éticas incluso. En términos generales, es factible considerar que el derecho al honor y otros de corte similar forman parte de la dignidad humana y por lo tanto de los derechos humanos. En palabras de la especialista María Cristina Fix Fierro:

El honor, la intimidad y la propia imagen no pueden dejar de ser considerados como derechos derivados de la propia dignidad humana. Ésa es su fundamentación ética y jurídica que comportan una doble garantía para la persona: en primer lugar una garantía negativa aseguradora de que no va a ser objeto de ofensas o ataques y, en segundo lugar, una garantía de carácter positivo, puesto que su reconocimiento es la base para el pleno desarrollo de la personalidad del individuo.²⁰

La citada ley es más precisa y ofrece una definición menos subjetiva que la del artículo 13 cuando vincula el derecho al honor con la forma como se le vulnera en los medios de comunicación:

Artículo 14.- El carácter molesto e hiriente de una información no constituye en sí un límite al derecho a la información, para sobrepasar el límite de lo tolerable, esas expresiones deberán ser insultantes, insinuaciones insidiosas y vejaciones, innecesarias en el ejercicio de la libertad de expresión y derecho a la información. Por lo tanto, la emisión de juicios insultantes por sí mismas en cualquier contexto, que no se requieren para la labor informativa o de formación de la opinión que se realice, supone un daño injustificado a la dignidad humana.²¹

Por supuesto, para determinar cuándo han sido sobrepasadas las fronteras entre la información que no vulnera el honor y aquella que sí lo hace, es precisa la interpretación del juez. Pero la ley acota la evaluación discrecional aportando varios elementos para esa apreciación: que haya insidia y vejación como resultado de “juicios insultantes” y que tales imputaciones no sean necesarias en la información en donde están contenidas. También se establecen las siguientes excepciones:

²⁰ Fix Fierro, María Cristina, “El derecho al honor como límite a la libertad de expresión”, *Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, núm. 3, 2006, p. 130.

²¹ *Idem.*

Artículo 15.- En ningún caso se considerará como ofensas al honor, los juicios desfavorables de la crítica literaria, artística, histórica, científica o profesional; el concepto desfavorable expresado en cumplimiento de un deber o ejerciendo un derecho siempre que el modo de proceder o la falta de reserva, cuando debió haberla, no demuestre un propósito ofensivo.²²

La sanción que esa ley establece cuando en la divulgación de una información se daña la vida privada, la imagen o el honor de una persona, es en primer lugar la obligación para el demandado para publicar la sentencia condenatoria “en el medio y formato donde fueron difundidos los hechos y/u opiniones que constituyeron la afectación al patrimonio moral” (artículo 39). Cuando esa publicación no fuese posible o no resultara suficiente de acuerdo con la divulgación que haya tenido, podría haber una indemnización de hasta 350 días de salario mínimo, además del pago por los gastos del juicio (artículo 41). En todo caso, no hay sanciones de carácter corporal. De esa manera se cumple uno de los propósitos de la ley, explicado así en el dictamen que la originó:

El problema fundamental que plantea la Iniciativa que da origen al presente dictamen envuelve la sentida preocupación de que la intimidad o privacidad, el honor y la imagen de las personas se ven vulneradas por otros particulares, concretamente por el exceso en el ejercicio de la libertad de expresión o del derecho a la información.²³

IV. DEFENSA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DE LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y RÉPLICA

Jorge Carpizo estaba al tanto de las dificultades que para todo ciudadano implica la defensa de su fama pública. Las había experimentado en su demanda contra *El Universal* y las estudió desde el campo académico. En un importante estudio publicado en 2001, el doctor Carpizo y su colega Ernesto Villanueva escribieron:

En México no existe la costumbre de que los particulares y los abogados acudan a los tribunales para hacer valer sus facultades derivadas del derecho

²² *Idem.*

²³ Asamblea Legislativa del Distrito Federal, *Diario de los Debates...*, cit., p. 333.

a la información o para la precisión de la armonización de este derecho con otros derechos, como puede ser el derecho a la vida privada o al honor de la persona.

Las razones para esta actitud son varias: la deficiente legislación respectiva; que muchos de los casos presentados no han prosperado; la falta de abogados especializados en el tema; la politización del mismo, el cual se ha vuelto polémico; el costo económico de un juicio, y —*last but not least*— que el particular se enfrenta muy desprotegido a uno de los grandes poderes de nuestros tiempos.²⁴

En el análisis jurídico que forma parte de la demanda, Carpizo y su abogada recogen distintas tesis del Poder Judicial en donde, al reivindicarse la libertad de expresión, se admiten límites en su ejercicio. En ese tema, coinciden con los autores de la ley a la que se acogerían. Al citar una tesis de la Corte, que forma parte de la jurisprudencia que en los años recientes ha consolidado la defensa de las personas ante abusos que afectan su fama pública, recuerdan:

La prohibición de la censura no significa que la libertad de expresión no tenga límites, o que el legislador no esté legitimado para emitir normas sobre el modo de su ejercicio. Lo anterior significa que estos límites no pueden hacerse valer mediante un mecanismo por el cual una autoridad excluya sin más la entrada de un determinado mensaje al debate público por estar en desacuerdo con su contenido, sino a través de la atribución de responsabilidades —civiles, penales, administrativas— posteriores a la difusión del mensaje...²⁵

Hay, inclusive, tesis recientes que no solo reconocen que la libertad de expresión no es subterfugio para maltratar el honor y la vida privada sino que, además, proponen que a la sociedad le hace falta un periodismo anclado en los hechos y en la investigación, a diferencia del periodismo que privilegia los rumores y prescinde de fuentes acreditadas. Un periodismo

²⁴ Carpizo, Jorge y Villanueva, Ernesto, “El derecho a la información. Propuestas de algunos elementos para su regulación en México”, en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coords.), *Derechos humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional III*, UNAM, 2001, pp. 83 y 84. Este artículo fue publicado más tarde en Jorge Carpizo, *Algunas reflexiones constitucionales*, UNAM, 2007 (primera edición, 2004).

²⁵ SCJN, Acción de inconstitucionalidad 45/2006 y su acumulada 46/2006 Partidos políticos Acción Nacional y Convergencia, 7 de diciembre de 2006. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Mayo de 2007, citado en *Carpizo Mac Gregor, Jorge, vs. Anabel Hernández García*... cit., pp. 29-30.

profesional, es capaz de cumplir la responsabilidad que tiene en la formación de la opinión pública:

La información cuya búsqueda, obtención y amplia difusión está constitucionalmente protegida es la información veraz e imparcial. Estos dos requisitos pueden calificarse de límites o exigencias internas del derecho a la información. La veracidad no implica, sin embargo, que toda información difundida deba ser ‘verdadera’ —esto es, clara e incontrovertiblemente cierta—; operar con un estándar tan difícil de satisfacer desnaturalizaría el ejercicio del derecho. Lo que la mención a la veracidad encierra es más sencillamente una exigencia de que los reportajes, las entrevistas y las notas periodísticas destinadas a influir en la formación de la opinión pública vengan respaldados por un razonable ejercicio de investigación y comprobación encaminado a determinar si lo que quiere difundirse tiene suficiente asiento en la realidad. El informador debe poder mostrar de algún modo que ha respetado un cierto estándar de diligencia en la comprobación del estatus de los hechos acerca de los cuales informa, y si no llega a conclusiones indubitadas, la manera de presentar la información debe darle ese mensaje al lector: debe sugerir con la suficiente claridad que existen otros puntos de vista y otras conclusiones posibles sobre los hechos o acontecimientos que se relatan.²⁶

La demanda de Carpizo contra Hernández y la editorial que publicó el libro motivo de esa disputa mira más allá de la defensa de un ciudadano cuyo honor fue atropellado y destaca la importancia que tiene un ejercicio profesional del periodismo. Se trata de un periodismo que propague hechos, datos verificables, porque está destinado a una sociedad que tiene la madurez suficiente para hacer sus propios juicios. Un periodismo que ofrezca elementos para que cada ciudadano evalúe las informaciones es un periodismo afianzado en fuentes acreditadas. De esa manera, y no con especulaciones, el periodismo cumple con una de sus funciones cardinales que radica en la indagación y la crítica al poder —político, económico, etcétera— y a quienes forman parte de él. Con esa convicción, Carpizo comenta en su demanda:

Suscribo la necesidad del escrutinio a las figuras públicas, sin embargo el periodismo de investigación debe ser serio para poder aportar a la sociedad

²⁶ Amparo directo en revisión 2044/2008. 17 de junio de 2009. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Francisca María Pou Giménez y Roberto Lara Chagoyán. Citado en *Carpizo Mac Gregor, Jorge, vs. Anabel Hernández García...*, *cit.*, pp. 30 y 31.

información que le permita tomar decisiones o asumir un punto de vista. Lo que es un límite que rompe con la función ética de informar es hacerlo a través de insinuaciones insidiosas, rumores y falta de veracidad con es el caso de las expresiones realizadas por la demandada en contra de mi patrimonio moral.²⁷

Respaldándose en la Ley de Responsabilidad Civil que protege vida privada, honor e imagen en el Distrito Federal, así como los ordenamientos internacionales con los que esa disposición es congruente, Carpizo manifestó que la periodista Hernández “ejerció su derecho a la libertad de expresión sin respetar los derechos de la personalidad del suscrito”.²⁸

No era solo la demanda de un ciudadano ofendido. Se trataba de una lección de derecho a la información y de exigencia ética. Con razón, el mismo Carpizo reflexionaba en las últimas páginas del documento que entregó en el Juzgado 65 de lo Civil:

Para su servidor esta demanda es importante, porque además de defender mi honor y mi imagen a lo que tengo todo el derecho, significa la continuación de mi lucha por los derechos humanos, por la libertad de expresión y por el derecho a la información, temas a los que he dedicado varios estudios que se han publicado, así como diversas actividades que he realizado. Para mí esta demanda implica la verdadera defensa de la libertad de expresión, del derecho a la información y de la ética en los medios de comunicación.²⁹

En esa demanda también hay una reivindicación del derecho de réplica. Carpizo no solicitó que en posteriores ediciones de *Los señores del narco* fueran suprimidos los párrafos que le resultaban infamatorios. Tampoco demandó que fueran retirados de la circulación los ejemplares ya impresos de ese libro. Lo que exigió fue una aclaración pública por parte de la autora y la incorporación de la sentencia en los ejemplares ya editados, así como en sucesivas ediciones del libro. Además, se requirió la publicación de un extracto de la sentencia en varios diarios. De esa manera los lectores de *Los señores del narco* tendrían acceso a la aclaración legítima que un ciudadano afectado por esos contenidos había resuelto hacer (y que habría ganado, con el respaldo de la justicia).

²⁷ Carpizo Mac Gregor, Jorge, vs. Anabel Hernández García..., cit., p. 31. Seguramente la demanda debió decir “como es el caso de las expresiones...”.

²⁸ *Ibidem*, p. 12.

²⁹ *Ibidem*, p. 32.

El derecho de los ciudadanos a responder a los medios es reconocido por el artículo 6o. constitucional que, desde noviembre de 2007, dice “el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley”. Esa reglamentación específica no había sido aprobada, al menos casi seis años después. Por eso recursos como el que puso en práctica el doctor Carpizo establecen vías para que los afectados por el contenido de un medio de difusión respondan a pesar de la ausencia de mecanismos destinados a tal propósito.

El derecho de réplica ha existido, supeditado a un proceso judicial, para los medios impresos desde la Ley de Imprenta de 1917. Se le alude también en el Reglamento expedido en octubre de 2002 para la Ley Federal de Radio y Televisión, aunque en ese caso depende de la aquiescencia de las empresas de radiodifusión para aceptar o no las respuestas que presenten los ciudadanos involucrados en alguna mención o información. Sin embargo los mexicanos no hemos tenido reglas claras, con un procedimiento accesible y que no dependa de tortuosos litigios judiciales ni del beneplácito de los medios, para hacer rectificaciones de esa índole. Todavía en el otoño de 2013 en ambas cámaras del Congreso había una docena de iniciativas para reglamentar la mencionada disposición del artículo 6o. constitucional.

La difusión masiva que alcanzan los mensajes de los medios de comunicación hace necesaria la preservación de derechos de los ciudadanos como los que hemos mencionado. El derecho a responder cuando una persona es nombrada en un medio y a exigir rectificaciones cuando se dicen falsedades acerca de ella, forma parte de los equilibrios indispensables para acotar el poder casi ilimitado que, de otra manera, tendrían los medios de comunicación. En todas las sociedades hay reglas que delimitan a los medios. En el caso de la difusión a través de libros, es pertinente que esas reglas también sean aplicables independientemente de la cantidad de lectores que puedan tener. El hecho de quedar impresa en cualquier formato que reproduzca sus contenidos, hace que la alusión o la afirmación acerca de una persona multiplique sus posibles efectos. Pero además, mientras mayor sea el alcance social de un medio de comunicación más sólidas deberían ser las garantías para los allí aludidos.

El libro en donde se publicaron calumnias contra Carpizo es una obra de amplia circulación. A mediados de 2012 se estimaba que de *Los señores del narco* se habían impreso 120 000 ejemplares.³⁰ La demanda de ese in-

³⁰ “Le otorga premio «Los Señores del Narco»”, Nota sin firma en *¿ócalo Saltillo*, 5 de septiembre de 2012, en www.zocalo.com.mx.

vestigador universitario reivindicaba su derecho de réplica. Pero además amparaba el derecho a la información de los lectores del libro. Gracias a la aclaración que pretendía que fuera insertada en cada ejemplar que se vendiera a partir de la sentencia, Carpizo habría contribuido a que quienes leyeran esa obra tuvieran una información que rectificaba afirmaciones difundidas en ella.

V. PERIODISMO DIFÍCIL, POCO RIGUROSO CON SUS FUENTES, COMPLACIENTE CON SUS LECTORES

La aspiración para que los asuntos de mayor interés social sean difundidos por un periodismo profesional, sin estridencias ni impostaciones, constituye otra inquietud que el doctor Carpizo contribuyó a respaldar con su demanda. El del narcotráfico es uno de los asuntos más complejos y sobre todo más dolorosos para la sociedad mexicana. Las informaciones acerca de los delincuentes que se dedican a ese negocio con frecuencia son distorsionadas, matizadas e incluso magnificadas debido a la tentación, al escándalo que suelen padecer los medios de comunicación (y pocos temas son tan escandalosos como los abusos que perpetrán las pandillas criminales). En la destemplanza que ha definido al estilo preponderante para informar sobre esos hechos también influye la costumbre de los capos delincuenciales para enviarse mensajes o para ufanarse de sus tropelías buscando que sus crímenes sean difundidos por televisión, radio y prensa. En tercer lugar, en algunas ocasiones los delincuentes tratan de influir en los medios para descalificar a sus adversarios, a veces atribuyéndoles crímenes que no han cometido.

Esos rasgos especiales que reviste la información sobre el narcotráfico hace necesario que el periodismo que da cuenta de tales asuntos sea especialmente escrupuloso. Filtraciones y manipulaciones de información, abundan en todas las fuentes y temas. Cuando determinan las notas periodísticas acerca de hechos delictivos pueden causar más daño a la sociedad. Por eso los reporteros tienen que ser particularmente cuidadosos. No lo son, por lo general, debido a las presiones que someten todo el trabajo periodístico a ritmos tan frenéticos que difícilmente hay espacio para la evaluación y la reflexión. Y en la cobertura de asuntos relacionados con la delincuencia organizada, existen factores adicionales que afectan e incluso amagan a los periodistas. Amenazas y cohechos, pero además en ocasiones violencia física, secuestros e incluso asesinatos,

han sido padecidos por reporteros en los estados del país en donde esos grupos criminales son más influyentes.

El periodismo que se ocupa del narcotráfico ha requerido en ocasiones de protecciones y medidas especiales que no siempre han logrado amparar del todo la seguridad de los reporteros. Junto con las dificultades que resultan de la violencia y los amagos de la delincuencia, las políticas de información a cargo de las dependencias de gobierno y corporaciones policiacas, o a menudo la ausencia de tales políticas, dificultan todavía más la indagación periodística.

Narcotraficantes que intimidan para condicionar la agenda de los medios, funcionarios policiacos también ávidos de publicidad aunque ello signifique distorsionar u ocultarle información a la sociedad, ciudadanos confundidos ante la insuficiente cobertura de esos hechos: ese es el panorama en el cual trabajan los periodistas encargados de reportar asuntos criminales.

Precisamente debido a las condiciones de excepción que dificultan la cobertura de esos hechos, la información acerca del narcotráfico ha interesado de manera muy especial en la sociedad mexicana. Hay una reconocible avidez por noticias y reportajes de esa índole, en parte estimulada por el sensacionalismo mediático pero también debido a la necesidad natural de conocer hechos, causas, explicaciones e incluso las biografías de esos personajes mitificados por sus propias y en ocasiones sanguinarias tropelías. Por eso los trabajos periodísticos sobre el narcotráfico y sus protagonistas, escritos en extenso y publicados como libros, han tenido notable éxito en los años recientes.

Esa literatura por lo general escrita con la premura del periodismo, no tiene sin embargo la exigencia del día a día que determina a las notas informativas en los medios de comunicación. Si se trata de textos para libros tendrían que contar todavía con más rigor que el trabajo para el periódico de la mañana siguiente. Pero no siempre es así. En algunas ocasiones las ya señaladas dificultades para acceder a fuentes verosímiles y a la vez identificables, en otras simplemente la gana para dar a conocer hechos estridentes aunque no hayan pasado por un proceso de verificación, constituyen causas para que el periodismo llevado al libro y acerca del crimen organizado llegue a ser insuficientemente riguroso. No queremos decir que todas las obras recientes acerca del crimen organizado ameriten estos señalamientos. Pero sí los merece *Los señores del narco* por lo menos en pasajes como los que motivaron la demanda del doctor Carpizo.

Acerca de ese libro el periodista Julián Andrade Jardí consideró, en un alegato directo: “Hay una literatura bastante chafa sobre el tema del

narcotráfico. Es la que en teoría remite a buenas fuentes, pero que en la realidad no cuenta con sustento alguno”.³¹ La opinión de Andrade no podría ser imparcial porque además de amigo del doctor Carpizo fue coautor, con él, de un libro sobre el asesinato del cardenal Jesús Posadas Ocampo.³² Pero se trata de un periodista muy enterado de las vicisitudes y prácticas del trabajo informativo, especialmente en la cobertura de temas policiacos.

Otro especialista que se ocupó de *Los señores del narco* a partir de la demanda de Carpizo contra su autora fue el doctor Ernesto Villanueva. En un artículo periodístico escribió: “Nadie puede estar en contra del periodismo de investigación, que permite ensanchar el derecho a saber de los gobernados y a poner bajo el escrutinio público hechos que pueden constituir delitos o faltas a la ley”.

Villanueva reconocía y cuestionaba: “En su obra, *Los señores del narco*, Anabel Hernández realiza una compleja investigación sobre las relaciones entre el narco, los políticos y los empresarios. Hay, en efecto, porciones de la obra documentadas, pero otras carecen de fuentes, lo cual nunca es aconsejable, menos aún cuando se trata de un tema tan delicado”.

Como estaba en curso el proceso judicial, ese investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM prefería suponer que la periodista reconocería sus yerros y facilitaría una solución conciliatoria a las exigencias del doctor Carpizo:

Es de esperar que Anabel Hernández explique a las autoridades judiciales cómo pudo llegar a elementos de convicción sin haber contrastado sus datos con lo que tuviera que decir en su descargo el afectado, Jorge Carpizo, quien podría haberle proporcionado la orientación necesaria y/o los documentos oficiales que sustentaran sus dichos. Estos documentos forman parte de los anexos y copias certificadas de esta demanda. La práctica de contrastar fuentes no es una ocurrencia mía. Está prevista como un deber en todo código de ética periodística.³³

Una opinión más sobre el libro en cuestión es la del escritor Andrés Lajous que hizo un recuento de la literatura periodística acerca del narcotráfico.

³¹ Andrade, Julián, “Jorge Carpizo contra el mal periodismo”, *La Razón*, 2 de marzo de 2012.

³² Carpizo, Jorge y Andrade, Julián, *Asesinato de un cardenal. Ganancia de pescadores*. Nuevo siglo, Aguilar, México, 2002.

³³ Villanueva, Ernesto, “Jorge Carpizo vs. Anabel Hernández”, *Proceso*, núm. 1844, 4 de marzo de 2012, pp. 52 y 53.

Para describir los problemas de verosimilitud que tienen algunos de esos textos, Lajous recuerda el juicio del periodista Miguel Ángel Granados acerca de la versión que ofrece Anabel Hernández sobre la fuga del “Chapo” Guzmán de la cárcel en donde estaba confinado: “Pueden los lectores del libro confiar en lo dicho por la investigadora o no”.³⁴

Esa es, en opinión de Lajous, la debilidad esencial de libros como el de Hernández:

La acotación de Granados Chapa es una muestra no sólo de lo difícil que es hacer buen periodismo en México, sino de que leer periodismo tampoco es fácil. En efecto, el lector puede creer lo que quiera, aunque precisamente un periodista narra una historia no para que el lector crea lo que quiera sino para que le resulte creíble y verosímil la historia que se le presenta y pueda ser tomada dentro del contrato, entre lector y periodista, sobre la existencia de los hechos descritos. La credibilidad está en parte determinada por las fuentes que se usan, pero también por cómo se construye el contexto en el que se les da sentido; y cómo se argumenta que las relaciones que se pueden encontrar entre eventos, personas, o datos no son sólo coincidencias sino que marcan causas y consecuencias.

Ese periodismo apela a la decisión previa del lector para creer las versiones allí contenidas a pesar del déficit de información y documentos en no pocas de sus afirmaciones. Sus lectores, se enterarán y aceptarán o no lo que en esas páginas se dice. Pero si creen tales versiones, será porque ellas coinciden con las apreciaciones que ya tenían, o que quieren tener, acerca de los acontecimientos así relatados. En muchas ocasiones se trata, sin duda, de un periodismo esforzado y que, como apunta Villanueva en la opinión antes citada, contiene aportaciones importantes y que se encuentran documentadas. Pero en otros segmentos —y así ocurrió con párrafos como los que motivaron la inconformidad judicial del doctor Carpizo— es un periodismo cuya credibilidad solo depende de una alteración en ese pacto entre autor y lector que recuerda Lajous. El autor cuenta con la aceptación *a priori* de lo que informa porque, al menos en parte, ofrece una versión que satisface las suposiciones y certezas de los lectores. Se trata, entonces, de un periodismo que atiende más a la construcción de versiones capaces de empatar con el sentido común de los lectores que de un

³⁴ Granados Chapa, Miguel Ángel, “«El Chapo» y sus liberadores”, *Reforma*, 21 de enero de 2011.

periodismo ceñido a normas profesionales y éticas. Es, en tales casos, un periodismo para creyentes.

Lajous explica el método que define amplios segmentos de *Los señores del narco*:

No faltan las filtraciones burocráticas y los expedientes judiciales; por el contrario, sobran. El libro de Anabel Hernández a ratos se lee como un documentado chismógrafo de las fuerzas de seguridad y de grupos criminales, incluyendo todo tipo de intrigas y disputas burocráticas, sobre las cuales la autora no duda, ni percibe los intereses burocráticos, políticos o tácticos de sus innumerables fuentes. Lo único que ve son rastros que le permiten interpretar una historia de conspiraciones monolíticas improbablemente exitosas y casi invisibles. Después de narrar con detalle historias documentadas, la periodista misma desacredita la narración con fuentes anónimas en un par de páginas. De esta manera, termina por dejar al lector desconfiando no sólo de las fuentes oficiales, sino de su propio texto.³⁵

VI. VEHEMENTE ALEGATO POR LA MORAL PÚBLICA

Ante ese panorama, Carpizo hacía en su reclamo judicial una crítica que, en vista de las condiciones de un periodismo atribulado por presiones numerosas pero además reacto a la autocritica y con frecuencia complaciente consigo mismo, tendrá vigencia por largo tiempo: “La mentira es una de las grandes enemigas del periodismo de investigación y del derecho a la información. La mentira es una de las lacras que más ha dañado la moral pública en México”.³⁶

Jorge Carpizo destinó las últimas páginas de demanda a la extensa transcripción de un texto suyo en donde hacía un desencantado balance del panorama político nacional: corrupción, cinismo, simulaciones, exhibición de latrocinios, proliferación de impunidades. En esas páginas menciona temas pendientes en el tránsito del unipersonal presidencialismo autoritario a la reciente diversidad partidaria en México: rezagos sociales, descomposición ética, incumplimiento de la ley, incompetencia de numerosos servidores públicos, consolidación del dinero y el poder

³⁵ Lajous, Andrés, “El periodismo que el narco nos dejó”, *Nexos*, núm. 427, julio de 2013, pp. 71-73.

³⁶ *Carpizo Mac Gregor, Jorge, vs. Anabel Hernández García...*, cit., p. 33.

como ejes de la vida pública. En esas páginas, Carpizo se ocupa de temas tan variados, pero articulados por esas preocupaciones centrales, como el rescate bancario de 1994 resuelto con medidas que multiplicaron las fortunas de algunos banqueros, la nueva composición política en donde el partido otrora hegemónico ahora estaría obligado a negociar con otras fuerzas partidarias, la construcción lenta pero necesaria de nuevos contrapesos institucionales dentro del Estado mexicano, la multiplicación del soborno y las triquiñuelas no solamente en el plano federal y bajo la responsabilidad del PRI o el PAN sino también en entidades gobernadas por partidos que se suponía orientados por otra ética como sucedió en el Distrito Federal, configuran un escenario de desolación moral y política.

La expansión del narcotráfico trajo un derroche de dinero simultáneo a una proliferación de impunidades que no fue atendida a tiempo por las instituciones judiciales, dice Carpizo. “Todo el país es suspicacia y rumores”. Y deplora: “se miente con desenfado y cinismo; al fin que nada va a pasar ya que la mentira no tiene un costo”.³⁷ Más aún:

Algunos de los peores delincuentes quieren ser políticos en diversos partidos, comunicadores o líderes morales: la descomposición política, social y ética en grados inimaginables. El ladrón gritando ‘agarren al ladrón’, y lo vocifera con tal seguridad, sangre fría y cinismo, que la sociedad ya no sabe a quién creer.³⁸

De ese triste escenario, concluye Jorge Carpizo: “Los poderes públicos y los poderes de hecho se encuentran en una connivencia de beneficios mutuos, vista en pocas ocasiones, aunque existen excepciones. El Estado debilitándose. Pocas son las voces que dan la alarma”. Y, quizá todavía peor: “La sociedad continúa sin reaccionar como debiera”.³⁹

La desolación que resulta de tal panorama no adormece la capacidad propositiva del exrector de nuestra Universidad. Después de identificar la que denomina “quinteta de la muerte: poder, dinero, corrupción, impunidad y mentiras”, señala nueve medidas para enfrentarla. Aquí las sintetizamos:

a) Lucha sin cuartel contra la corrupción, b) simplificación administrativa que elimine discrecionalidad de funcionarios públicos, c) campañas en los medios de comunicación contra la corrupción y la ilegalidad,

³⁷ *Ibidem*, p. 39.

³⁸ *Idem*.

³⁹ *Ibidem*, p. 42.

d) impunidad cero, fin a las excepciones al cumplimiento de la ley, *e)* enseñar a los niños y jóvenes que el poder y el dinero no son los valores más importantes, *f)* campañas sobre valores morales laicos y cívicos como la verdad y la solidaridad social, *g)* autonomía constitucional para órganos fiscalizadores como la Auditoría Superior de la Federación, *h)* reforzar la independencia del Poder Judicial, *i)* en áreas sensibles a la corrupción (ministerios públicos, policías, aduanas) sancionar incumplimientos y premiar a los buenos servidores públicos.

Las propuestas de Carpizo son tan obvias y simples que podrían parecer ingenuas e innecesarias. Pero todas ellas resultan cardinales y están lejos de cumplirse. Precisamente, son tan esenciales que tendría que ser escandaloso el hecho de que no se ponen en práctica pero, además que no formen parte de las preocupaciones básicas de los ciudadanos ni de quienes se dedican al oficio de hacer política. Cuando valores tan esenciales como los que reivindicaba Carpizo pasan desapercibidos, es porque no hemos construido, o si lo había lo hemos perdido, un contexto de respeto tanto a nosotros mismos como al orden jurídico.

El de Carpizo es, en tales condiciones, un alegato por la moral pública. Así se llama, precisamente, el ensayo de donde toma esas reflexiones.⁴⁰ El empeño para darle contexto a su denuncia judicial, para ubicarla en el marco de una preocupación desde luego mucho más amplia que la defensa de su prestigio personal y para, apoyándose en la ley, pugnar por el cumplimiento del orden jurídico pero al mismo tiempo de algo más, la reconstrucción de la ética cívica, lleva a Jorge Carpizo a incorporar a su alegato ante el juez el segmento de un libro de extensión tan amplia que en otras condiciones parecería desmesurada. Once de las 46 páginas de la demanda están dedicadas a esa transcripción.

Carpizo anticipó reacciones posibles a su demanda judicial. Sabía, porque durante su fructífera trayectoria como funcionario público y también desde la vida académica los conoció de cerca, que en los medios de comunicación no son frecuentes la autocrítica ni la apertura a la evaluación del desempeño profesional de los periodistas. También en ese tema el documento que aquí se glosa contribuye a la discusión pública. Ni los medios de comunicación, ni quienes trabajan en ellos, son intocables. Al contrario, la exposición pública que tienen y las responsabilidades específicas que se derivan del alcance de lo que hacen y dicen hacen necesario que comunicadores y medios sean motivo de un escrupuloso escrutinio

⁴⁰ Carpizo, Jorge, “La moral pública en México”, en Villanueva, Ernesto, Perla Gómez y Jorge Carpizo, *Moral pública y libertad de expresión*, México, Jus, 2009.

por parte de la sociedad. Sobre esa relación tan frecuentemente imperfecta entre comunicación, responsabilidad y sociedad, Carpizo apunta:

En un Estado de Derecho todos estamos sujetos a la ley, nadie puede solicitar excepciones, no pueden existir fueros. Un comunicador no puede alegar libertad de expresión como justificación para calumniar, mentir o para cometer un ilícito, eso es un abuso a este derecho que como todos los demás no es absoluto. Existen algunos comunicadores que en la realidad mexicana conciben su profesión como un fuero, que la ley no les alcanza, porque si se les quiere aplicar, se refugian en el argumento falaz de que se trata de desprestigiar al gremio, coartar la libertad de expresión o perseguirlos por ejercer dicha libertad.⁴¹

¿Qué quería Carpizo con su denuncia? También en ello fue muy claro: “Persigo dejar un precedente de la importancia de defender el ejercicio responsable de la libertad de expresión y fomentar el periodismo de investigación serio, que realmente informe con verdad. Este derecho humano no debe convertirse en la excusa para ataques calumniosos sin prueba alguna”.⁴²

Jorge Carpizo murió el 30 de marzo de 2012. Sus herederos no quisieron continuar con la demanda contra la periodista Hernández. La acción judicial en ese caso, quedó suspendida. Las razones para tomar esa decisión no fueron difundidas. Más allá de esos motivos la reputación de un personaje público, especialmente de un hombre tan conocido y con un papel relevante en la vida mexicana como el que de tantas maneras desempeñó Carpizo, atañen a toda la sociedad.

La doctora Gisela María Pérez Fuentes, a propósito de ese caso, considera que el honor de una persona que ha fallecido puede interesar a la sociedad y no únicamente a los herederos legales:

... la personalidad del difunto se extinguió por la muerte y no puede transmitirse a los causahabientes o familiares, pero subsisten los aspectos o manifestaciones de la personalidad en las que se destaca, por ejemplo, el honor, buena reputación, recuerdos. La defensa de la memoria del difunto no debe

⁴¹ *Carpizo Mac Gregor, Jorge, vs. Anabel Hernández García...*, cit., p. 45.

⁴² *Idem.*

limitarse de forma efectiva en la propia persona del heredero por razón natural, el aporte social de la memoria implica una posibilidad de protección más amplia y sólo limitada por la prueba del verdadero interés moral pero sin trascendencia especulativa.⁴³

La mejor defensa de Jorge Carpizo la hizo él durante décadas de escribir, pensar, proponer, cumplir con responsabilidades públicas, con una conducta intachable. La denuncia judicial que presentó contra las difamaciones en un libro, más que su reivindicación personal tuvo la intención de abogar por los derechos a la información y al honor. Dicho propósito, pedagógico, moral y político, quedó cumplido independientemente del desenlace judicial. En ese episodio, como en tantos otros, Carpizo dio lecciones de integridad y claridad. También por ese ejemplo le estamos muy agradecidos.

⁴³ Pérez Fuentes, Gisela María, “Protección de los derechos de la personalidad *post mortem*. Un análisis en el derecho mexicano desde la perspectiva del derecho comparado”, en González Pérez, Luis Raúl y Villanueva, Ernesto (coords.), *Libertad de expresión y responsabilidad social...*, cit., p. 221.

LAS DECISIONES POLÍTICAS FUNDAMENTALES: LEGADO Y DIRECTRIZ PARA MÉXICO, DE JORGE CARPIZO

Enrique URIBE ARZATE*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Voces equivalentes a las decisiones políticas fundamentales*. III. *“Contenidos” constitucionales*. IV. *Nuevos parámetros de lo constitucional*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Ha partido Jorge Carpizo; ha partido un hombre extraordinario. Lástima que los hombres seamos tan finitos y que la muerte sea capaz de arrebatarnos en plenitud, a quienes —como pocos— son brillantes y guían nuestro camino.

En la plenitud de sus facultades, don Jorge nos ha dicho adiós; en la dimensión temporal, este jurista de excepción estuvo poco tiempo con nosotros; a pesar de ello, su rutilante carrera como profesor, investigador, político y, sobre todo, como maestro, es una muestra de lo mucho que los grandes hombres pueden hacer en esta vida breve.

Carpizo ha sido uno de esos felices acontecimientos que solo se dan de cuando en cuando. Y si lo bueno dura poco, lo mejor dura todavía menos.

Solo como breve referencia, quiero mencionar que en las ocasiones que tuve oportunidad de convivir con él y escucharle, pude conocer más del jurista, pero además, también pude conocer a un extraordinario ser humano y deleitarme con su charla amena, ilustrativa. Nadie le interrumpía. Don Jorge aderezaba pormenorizadas referencias de sus viajes y experiencias, con anécdotas y finos detalles de los lugares que visitaba, lo mismo de su amado México que de cualquier rincón de los innumerables países que conoció.

* Doctor en Derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM; profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México.

De su obra prolífica, puedo destacar la relevancia del estudio sobre las decisiones políticas fundamentales. Vale decir que el Estado mexicano vive momentos de trascendentes definiciones. En lo político, económico y social, nuestro país está inmerso en un intenso debate que deja al descubierto, las múltiples posturas que existen en los diferentes flancos partidistas e incluso ideológicos. Sin duda, el debate enriquece y, más aún, si la discusión trasciende las fronteras de lo baladí e infundado, es posible arribar a conclusiones y acuerdos constructivos a favor de los mexicanos.

Hoy, los temas de la agenda política que van desde lo electoral, pasando por la reforma educativa y hasta el tema energético, nos permiten traer a colación en este documento una de las más grandes enseñanzas de Jorge Carpizo: las decisiones políticas fundamentales.

En uno de sus textos más recordados —*La Constitución mexicana de 1917*—, Carpizo dedica una parte de su estudio, a las consideraciones jurídicas y políticas que nos permiten identificar en el *desiderátum* de una Constitución, ciertos enunciados que tienen relación con el resto del articulado, una distinción fundamental, pues se trata de la parte vital de nuestra carta magna: son éstas las decisiones políticas fundamentales.

Carpizo tuvo el acierto de identificar las decisiones políticas fundamentales, como parte del legado histórico de los mexicanos, como parte insustituible de nuestro acontecer como nación que se ha ido forjando a través de los siglos y durante los momentos estelares de nuestra historia. La independencia, la reforma, la Revolución mexicana, aportaron cada una, valiosos principios que han sido consagrados en la Constitución y que hoy conforman ese bloque que se denomina las decisiones políticas fundamentales.

En el presente estudio damos cuenta de la lucidez que Jorge Carpizo tuvo al identificar siete decisiones en el texto de la Constitución mexicana, a saber: *Supremacía del Estado sobre las iglesias; el sistema federal; el municipio libre; los derechos humanos; el juicio de amparo; el sistema representativo y la división de poderes*. No podemos decir, de entrada, si éstas son todas o si existen otras decisiones que nuestro autor no incluyó; lo cierto es que como él lo señaló, las decisiones políticas fundamentales son de tipo histórico; corresponden a un tiempo y lugar determinados.

Sin duda, nuestro país se ha identificado con estas decisiones políticas; sin embargo, resta indagar si a lo largo del tiempo y de la evolución misma de la sociedad, tales decisiones políticas pueden cambiar o, si por el contrario, su naturaleza las hace permanentes e inamovibles.

Para dilucidar este asunto, es importante señalar que las referidas decisiones políticas, coinciden con lo que en otros lugares se conoce como las cláusulas pétreas, cláusulas de intangibilidad o incluso, como valores superiores o principios constitucionales.

II. VOCES EQUIVALENTES A LAS DECISIONES POLÍTICAS FUNDAMENTALES

La Constitución de cualquier país viene a convertirse en el instrumento idóneo para contemplar en su esencia, aquellos principios que integran el orden normativo y social, y al mismo tiempo permiten la conformación e identificación del Estado de que se trata.

A estos principios esenciales, que permiten identificar el país, el régimen y la forma de gobierno, les denominamos —de acuerdo con Jorge Carpizo—, decisiones políticas fundamentales.

Para Carpizo, “en las constituciones existen ciertos principios o decisiones que son la estructura, la base y el contenido principal de la organización política y sobre ellas descansan todas las demás normas de orden jurídico”.¹ De este modo, se convierten en las directrices del orden jurídico nacional. Puesto que, una vez establecidos estos principios, se convierten en los mínimos a garantizar por el Estado y a respetar por la ciudadanía, en todos y cada uno de sus actos.

Como ha quedado establecido líneas atrás, las decisiones fundamentales tienen ciertas características, entre las cuales podemos mencionar: *no son universales, están determinadas por la historia y realidad socio-política de cada comunidad*.²

Nos atreveríamos a decir, que son únicas. Que no hay principios iguales en ninguna Constitución. Esto puede causar cierta confusión. Sin embargo, nos enfrentamos, por simple lógica, a que ciertos países sí tendrán principios iguales, pues coinciden en el sistema federal, en el respeto de los derechos humanos, situaciones esenciales y necesarias a la construcción de un Estado de derecho, o bien de un Estado constitucional —como estructura superior al simple respeto de la ley—, donde nosotros identificamos el parámetro de único, radica en que atiende a las cuestiones históricas, políticas y sociales de cada país, así como a los medios

¹ Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, México, Porrúa-UNAM, 1994, p. 298.

² *Idem*.

que cada Estado emplea para garantizar esos mínimos, cuya reforma es prácticamente imposible. Por ello, se establecen en proporción directa a las necesidades sociales y a las características socio-culturales de cada población.

Podemos ejemplificar, los casos en donde países del medio oriente que se niegan a ratificar la Declaración Universal de Derechos Humanos, para evitar que la Organización de Naciones Unidas, tenga alguna injerencia en sus decisiones políticas locales, pues sus regímenes jurídicos contemplan el respeto de derechos contradictorios a los establecidos en la declaración de referencia. En este sentido, están los derechos de las mujeres, prerrogativas ampliamente defendidas por las Naciones Unidas, que por cuestiones culturales, estos países no podrían reconocer o garantizar dentro de sus marcos normativos.

En un sentido similar tenemos las cláusulas pétreas. Estas cláusulas, “son consideradas clásicamente como obstáculos insuperables en una reforma constitucional, que sólo pueden ser superados a través del rompimiento del orden constitucional vigente, mediante la elaboración de una nueva Constitución”.³

Las cláusulas pétreas son prácticamente infranqueables, requieren de la elaboración de una nueva Constitución, si es que así lo permiten, puesto que incluso pueden establecer condiciones no favorables para el cambio constitucional. Por eso, Sant’Ana Pedra sigue diciendo, “a pesar de que las cláusulas pétreas se hayan concebido para garantizar, de forma acentuada el ordenamiento constitucional y su necesaria estabilidad, la rigidez que ellas proporcionan, muchas veces no atienden las demandas de la sociedad”.⁴ Situación de donde deriva, la necesidad de que si la Constitución es el ordenamiento fundamental de los países, debe reflejar y albergar las necesidades del pueblo que representa.

De este modo, las cláusulas pétreas se convierten en poderosos frenos para los poderes legislativos o parlamentarios de cualquier país, en los procesos relativos a la reforma constitucional.

Sant’Ana Pedra nos dice que:

En lo que concierne a las cláusulas pétreas, se sabe que éstas son concebidas para garantizar el ordenamiento constitucional y su necesaria estabilidad, de forma más acentuada. Sin embargo, cuando estas limitaciones materiales im-

³ Sant’Ana Pedra, Adriano, “Un análisis sobre la intangibilidad de las cláusulas pétreas”, *Derechos y Libertades*, núm. 22, Época II, enero de 2010, pp. 242.

⁴ *Idem*.

piden a la Constitución acompañar la evolución social, acabarán por cumplir exactamente el papel contrario a aquel que prestaba; una vez que la ruptura del ordenamiento se hace inevitable, entonces, sobreviene el abandono del texto constitucional y la inestabilidad social.⁵

Para el Constituyente originario, implica una gran responsabilidad establecer de manera cuidadosa los contenidos que serán protegidos mediante las cláusulas pétreas, ya que está latente el riesgo de una involución en la Constitución⁶ y su consecuente impacto negativo en la sociedad, pues como dice Vanossi, el impedimento para reformar la Constitución, traerá consigo la puesta en práctica de ejercicios revolucionarios, para lograr el ingreso de las voluntades sociales a la norma fundante del sistema jurídico.

Las cláusulas pétreas en el proceso de reforma constitucional, se convierten en los límites materiales de dicho proceso, mismos que “siempre proporcionan momentos paradójicos, pues, si por un lado protegen el ordenamiento jurídico contra investidas ilegítimas, por otro impiden que este mismo ordenamiento jurídico evolucione. En ese sentido, esta intangibilidad de ciertos dispositivos constitucionales, merecen una profunda reflexión”.⁷ En este sentido, es donde las cláusulas pétreas solo se convierten en obstáculos para la reforma a la Constitución, dificultando su adecuación a la realidad, en vez de ser los principios sustanciales que reflejan la inherencia al ser humano. Son simples límites, en donde la doctrina y la práctica, no ve limitado su efecto garante de la Constitución, sino por el contrario, únicamente atiende a limitar la adecuación de la norma a la realidad social imperante.⁸

⁵ *Ibidem*, p. 244.

⁶ “Podría sintetizarse la posición clásica de la doctrina constitucional, en materia de límites del poder constituyente, afirmando que en el caso del “originario” hay total ilimitación, tanto formal como sustancial (es decir, de procedimientos y de contenidos); y que en el caso del “derivado” hay —en principio— limitaciones, que en lo formal (procedimiento) existen siempre, aunque en lo sustancial (contenido) solamente algunas veces (las llamadas “cláusulas pétreas”). Esto sería válido para las Constituciones rígidas, en razón de que en el caso de las Constituciones flexibles el poder constituyente “derivado” no tendría limitaciones. Para ser más completos en la fidelidad reproductiva de la tesis tradicional, deberíamos agregar con relación al poder constituyente “originario”, que puede estructurar al Estado como quiera, sin restricciones, libre de todo respeto a organizaciones pretéritas, con una amplia y discrecional potestad para elegir el régimen político a implantar”. Vanossi, Jorge Reinaldo A., *Estudios de teoría constitucional*, México, UNAM, 2002, p. 243.

⁷ Sant’Ana Pedra, Adriano, *op. cit.*, p. 251

⁸ Según el plano de su jerarquía normativa, podemos distinguirlos en: a) límites autónomos, así llamados porque provienen de la propia Constitución positiva, o sea, que son

Vanossi amplía el concepto de cláusulas pétreas y nos dice que, “se trata, pues, de límites fijados al contenido o sustancia de una reforma constitucional, o sea, que operan como verdaderas limitaciones al ejercicio del poder constituyente reformador o «derivado»”. En este sentido, nos habla de *límites sustantivos o de contenido*, los cuales

Pueden asumir la condición de límites expresos o tácitos, ya se trate de cláusulas que la propia Constitución determina en concreto que no son modificables, o que la doctrina y los intérpretes (incluso órganos del Estado) entiendan que conforme con el sistema constitucional hay que inferir una prohibición implícita de alterar el texto y la sustancia de tales cláusulas o partes de la Constitución.⁹

“internos” al ordenamiento que se reforma; y b) límites heterónomos, así denominados por cuanto derivan de normas jurídicas ajenas a la Constitución en sí misma, o sea, que son “externos” al derecho local aunque éste los admite, recibe e incorpora. Los límites “autónomos” —a su vez— pueden ser clasificados en: a’) límites procesales, y a’’) límites sustanciales; como su nombre lo indica, los primeros se refieren al trámite o recaudos adjetivos que debe cumplir la reforma en cuanto a su procedimiento, y los segundos aluden a las limitaciones de contenido o sustantivas, más frecuentemente conocidas con el nombre de “cláusulas pétreas”, ya que son contenidos de reforma prohibida. Entre los límites autónomos “procesales” (a’) cabría hacer una distinción entre: a’1) límites formales, que es el trámite a seguir por el órgano (mayorías, quórum, etcétera); y a’2) límites temporales, que son los plazos de prohibición, cuyo cumplimiento es indispensable antes de poder realizar la reforma (*v. gr.*, la Constitución argentina de 1853, que establecía un término de 10 años, que no se cumplió).

En cuanto a los límites “heterónomos” (b), podemos distinguir tres hipótesis: b’) los pactos federales, que conducen a una limitación del órgano Constituyente en cuanto a la forma de Estado a establecer (*v. gr.*, Argentina, 1853); b’’) en cuanto a los alcances del poder constituyente de las provincias (*v. gr.*, artículos 5, 31, 104, 105 y 106 de supremacía federal, en la Constitución argentina); y b’’’) los tratados internacionales, que pueden darse en dos situaciones: b’’’1) de paz: como en los procesos de integración regional, en los cuales surge un cierto poder supranacional (*v. gr.*, en Europa Occidental); y b’’’2) de guerra: como las condiciones que los países vencedores imponen a los vencidos, a los fines de su reordenación constitucional (*v. gr.*, Alemania, Italia y Japón después de la Segunda Guerra Mundial). Los primeros tratados (en tiempos de paz) suponen la igualdad y el pleno arbitrio libre de los firmantes, mientras que los segundos (como consecuencia de la guerra) implican la desigualdad entre vencedores y vencidos y el sometimiento de estos últimos a las condiciones fijadas por aquéllos. Vanossi, *op. cit.*, pp. 245 y 246.

⁹ Dejando de lado el supuesto extremo y anacrónico de una Constitución que no contemple la posibilidad de su reforma o que la prohíba completamente, podemos centrar nuestro comentario en la existencia en muchas Constituciones (que felizmente no son la mayoría, como luego veremos) de partes, artículos, cláusulas o principios contenidos en ellas, que por propia determinación constitucional resultan jurídicamente declarados de imposible reforma, es decir, irreformables. Es lo que los autores llaman *cláusulas pétreas*, *intocables*, *irreformables*, o *eternas*. *Ibidem*, pp. 252 y 253.

De modo tal que, ya sea la propia Constitución o sus intérpretes establezcan limitaciones, existen principios constitucionales inmodificables, que no deben ser atemporales.

En este sentido, Hernández Valle considera que en sustancia, “las normas pétreas expresas establecen una prohibición para que mediante el ejercicio del poder reformador de la Constitución se modifiquen determinadas normas constitucionales que se consideran que expresan el contenido ideológico de la Constitución”.¹⁰ Este autor hace una afirmación en donde señala: “Las cláusulas pétreas no son admisibles jurídicamente, puesto que quienes las admiten no distinguen entre legitimidad y validez de la Constitución”.¹¹

Como puede observarse, primero nos habla de que este tipo de normas, principios o cláusulas restringen al poder reformador —un poder Constituyente derivado—, a efecto de garantizar los más profundos deseos de la sociedad, en segundo término, propone, cuando estas normas pétreas se admiten en cualquier sistema jurídico, se confunde la legitimidad y la validez constitucional. En esta afirmación, estamos de acuerdo, pues la legitimidad constitucional deriva de la congruencia con los valores y principios materiales que ella consagra (libertades y derechos fundamentales), mientras que la validez deriva del respeto a los procedimientos establecidos en ella para la formación válida de sus respectivas voluntades. Por ello los comentarios desfavorables hacia el mantenimiento de cláusulas pétreas, pues limitan al Poder Constituyente primario y obligan a la generación de movimientos sociales —incluso violentos— para lograr la modificación y actualización de la Constitución a la realidad. Sin embargo, no puede perderse de vista que estos cambios sustanciales podrían ser revestidos de validez, pero quizá no de legitimidad.

En este tenor, Rubén Hernández se pregunta: ¿puede el soberano crear mecanismos jurídicos para la propia autodestrucción del orden político-jurídico fundado por él?, a lo que él mismo responde de forma positiva al sostener que:

Pues el orden jurídico-político fundado por el constituyente originario es contingente y, por lo tanto, relativo. Lo que se traduce en una Constitución es el

¹⁰ Tales normas prohibitivas, sin embargo y desde un punto de vista jurídico, tienen apenas un valor relativo, puesto que el mismo órgano estatal encargado de la reforma constitucional puede derogarlas en cualquier momento por los mecanismos previstos en el texto constitucional para su reforma general, a fin de proceder posteriormente a modificar la cláusula que contenía la norma pétrea. Hernández Valle, Rubén, “El control de constitucionalidad del procedimiento de reforma constitucional”, *Estudios constitucionales*, 2006, núm. 2, año 4, pp. 458 y 459.

¹¹ *Idem.*

consenso de las fuerzas políticas y de los valores dominantes en un determinado momento histórico, lo que no impide que, en el futuro, tal consenso varíe, ya sea por diverso acomodo de las fuerzas dominantes o de una variación sustancial en los principios y valores que sustenta la sociedad civil subyacente”.¹²

Podemos establecer que, “la existencia de límites expresos a la reforma constitucional no es jurídicamente posible, salvo desnaturalizando los conceptos de soberanía popular y de democracia constitucional”.¹³

Los límites expresos a la reforma de la Constitución o cláusulas pétreas, implica una pérdida del sentido formal y material de conceptos como la democracia y la soberanía popular, que trae consigo, como consecuencia, el no reconocimiento de los derechos humanos y fundamentales, el mínimo o nulo control en el ejercicio del poder, la no distribución de funciones. Es decir, la imposibilidad de reforma que las cláusulas pétreas establecen, termina condenando a la Constitución a ser un documento o un discurso de buenos deseos, sin atender a las cuestiones sociales reales.

Un ejemplo de ello, lo tenemos en el artículo 39 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en donde nos establece lo siguiente: “La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de este. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno”. Establecer cláusulas pétreas en extremo rígidas, en este sentido para la Constitución mexicana, implicaría ir en contra de su propio espíritu, pues el pueblo como titular de la soberanía tiene la potestad de cambiar la forma de su gobierno en cualquier momento, y si se tiene una cláusula pétrea que lo prohíba o en extremo lo limite, no se permite a sus habitantes ejercer los derechos que les corresponden.

En una perspectiva personal, consideramos inadecuada la denominación de cláusulas pétreas o cláusulas de intangibilidad, optamos por la apuesta de Riccardo Guastini hacia los límites —aunque en líneas posteriores haremos algunas precisiones—, este autor distingue los siguientes tipos de límites:

¹² Hernández Valle, Rubén, “El control de constitucionalidad de los procedimientos de modificación constitucional”, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, T. VIII, Procesos Constitucionales Orgánicos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Marcial Pons, 2008, p. 862.

¹³ *Ibidem*, p. 863.

- a) Expresos (o textuales): son los expresamente estatuidos por el mismo documento constitucional interpretado a la letra.
- b) No Expresos: haciendo referencia a todos los demás. Dentro de estos tenemos a su vez, los siguientes:
 - 1) Implícitos: los que se deducen del texto constitucional mediante otras —más controvertibles— técnicas interpretativas (interpretación extensiva, teleológica, sistemática, analógica, y algunas otras).
 - 2) Lógicos (y por tanto necesarios, no contingentes): los que no pueden ser deducidos del texto constitucional mediante las consabidas técnicas de interpretación y/o integración, pero que se asume que derivan del concepto mismo de Constitución y/o de reforma constitucional y que, por tanto, se encuentran en cualquier Constitución (independientemente de su interpretación textual).¹⁴

Entre estos términos que pueden parecer dispares, existe, en esencia, una tendencia de establecer contenidos mínimos garantizados en una norma como lo es la Constitución. Recordemos, esto deriva de la importancia misma que tiene esa norma, pues no es una norma cualquiera o un simple documento. En la forma de Kelsen, se refiere a la norma fundante básica. La norma de donde deriva el sistema legal de cualquier país.

Podemos afirmar que la denominación que hace Jorge Carpizo, decisiones políticas fundamentales, resulta adecuada a la naturaleza de lo que pretende reflejar con ese término. Pues se habla de principios constitucionales vertebradores de un sistema jurídico-político, que organizan al Estado mismo, y a su población en un territorio determinado.

Con este término, Carpizo salva algunas de las complicaciones atribuidas a las cláusulas pétreas o cláusulas de intangibilidad, pues su mismo nombre denota parquedad en su evolución. Lo pétreo y lo intangible vienen a contradecir la evolución y el desarrollo de la sociedad, lo progresividad del derecho y de las normas, la necesidad de adecuación entre los contenidos legales y las relaciones sociales.

Los jurisconsultos actuales, no deben perder de vista que hablar de cláusulas pétreas o de intangibilidad, introduce un conflicto con la naturaleza misma de la sociedad, como detentador de la soberanía.

¹⁴ Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 182 y 183

III. “CONTENIDOS” CONSTITUCIONALES

Las decisiones políticas fundamentales son un término utilizado para proteger los anhelos más profundos y sentidos de la sociedad. Pues como dice Carpizo, “son parte de la historia del hombre y de su anhelo de libertad”.¹⁵

Para Carpizo, casi el total de las Constituciones contienen cuatro decisiones fundamentales que son: la soberanía, la declaración de derechos humanos, la división de poderes y el sistema representativo. En el análisis que hace de la Constitución mexicana de 1917, además de las cuatro decisiones señaladas, el autor, identifica otras tres, a saber: el régimen federal, el control de la constitucionalidad de leyes y actos, y la supremacía del Estado sobre las iglesias.

Carpizo amplía los principios constitucionales fundamentales a fin de dar una estabilidad al constitucionalismo mexicano, mediante el señalamiento de términos que integran un todo armónico.

Dentro de los contenidos constitucionales asumidos como decisiones políticas fundamentales tenemos a la soberanía.

1. *Soberanía*

Para Carpizo, “la soberanía es a los pueblos lo que la libertad a los hombres”.¹⁶ Por esta razón, “la soberanía es la base de todas las instituciones jurídico-políticas”.¹⁷

Nuestro autor continúa explicando el término soberanía y refiere a la concepción de Rousseau —quien no otorga al término soberanía, una connotación solo política, sino también humanista— pues considera que la soberanía solo puede radicar en el pueblo. Para Rousseau, “la soberanía es el ejercicio de la voluntad general y ésta nunca es enajenable, prescriptible o divisible”.¹⁸ Estas tres características de la soberanía, generan estabilidad en el cuerpo político, mantienen el acuerdo que integra la voluntad general y permanece porque no se pierde en el tiempo.

Al considerar al pueblo como titular de la soberanía, tiene la potestad de ser su propio legislador y juez, crear y suprimir leyes. Las decisiones del pueblo se convierten en leyes, pues se trata de la voluntad creadora.

¹⁵ Carpizo, Jorge, *Estudios...*, cit., p. 298.

¹⁶ *Ibidem*, p. 299.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ *Idem*.

La soberanía se convierte incluso en un derecho *erga omnes*, pues de ella deriva “la idea de igualdad de todas las naciones: ninguna es más que otra, todas son libres e iguales y, por tanto, ningún Estado tiene el derecho de agredir o imponer una decisión a otro Estado”.¹⁹

Para Yturriaga Barberán, “la soberanía consiste en ejercer, en pie de igualdad e independencia con los demás Estados, las funciones estatales”.²⁰ En esta concepción de soberanía, los Estados se encuentran en situación de igualdad e independencia de modo que se relacionan entre ellos, para el mejor desarrollo de las funciones estatales, por lo que no existe una pérdida de la soberanía cuando se reúnen a realizar trabajos conjuntos como parte de la comunidad internacional.

Podemos traer al texto, la opinión del juez Anzilotti sobre el problema debatido en el Tribunal Permanente de Justicia Internacional en el asunto de la “Unión Aduanera Austro-Alemana”, quien en su opinión individual, afirmó que:

... la concepción jurídica de la independencia no tiene nada que ver con la subordinación del Estado al Derecho Internacional o con las situaciones de dependencia de hecho, cada día más numerosas, que caracterizan las relaciones entre los distintos países. De ahí que las restricciones a la libertad de un Estado, ya deriven del Derecho internacional ordinario o de obligaciones contractuales, no afectan en lo más mínimo a su independencia. Mientras tales restricciones no sometan a un Estado a la autoridad jurídica de otro Estado, el primero continuará siendo independiente, cualquiera que sea la extensión o la importancia de estas obligaciones.²¹

Cada Estado, conserva su esfera de derechos y de obligaciones tanto al interior como al exterior, las relaciones derivadas del desarrollo de la globalización económica o cultural, no implican en realidad una subordinación de una nación frente a otra, sino de relaciones de concurrencia y colaboración en la construcción de un sistema social, jurídico, cultural y económico metaestatal.²²

¹⁹ *Idem.*

²⁰ Yturriaga Barberán, José Antonio, “Las organizaciones internacionales y la soberanía de los Estados”, *Revista de Estudios Políticos*, 1964, núm. 135-136, p. 91.

²¹ *Ibidem*, p. 92

²² “El Estado no tiene sobre sí ninguna otra autoridad salo la del derecho internacional; existe igualdad soberana entre los Estados y ninguno debe tratar de intervenir en los asuntos internos del otro. El Estado soberano continúa siendo una pieza esencial en la organización social y política de la humanidad y del derecho internacional. Sin derecho

Para Carpizo, “la soberanía implica la libre y justa disposición de los satisfactores materiales y culturales en un Estado para que los hombres, que forman pueblos, lleven realmente una existencia digna de ser vivida”.²³ Carpizo, nos proporciona una definición de soberanía no solo contemplando la parte política o jurídica del término, sino una concepción humanista, en la que no solo se refiere al Estado como gestor de la soberanía, sino que en función del ejercicio de ese poder delegado por el pueblo, implica su deber de proveer a esos hombres de todos los requerimientos que permitan el desarrollo de una vida digna. En ejercicio de la soberanía, el Estado debe poner al alcance de sus habitantes, los medios permisivos de la satisfacción de sus necesidades.

A este respecto, Markus Kotzur nos explica que:

La soberanía es una idea ordenadora necesaria de la convivencia internacional, que ha sido positivizada en el artículo 2o., párrafo primero, de la Carta de Naciones Unidas, y que resulta todavía irrenunciable en la era de las relaciones supraestatales, pero en tanto fuente de justificación, no está dada de antemano de manera natural, no es un fin en sí misma y no es absoluta, así como tampoco la libertad puede ser jamás absoluta.²⁴

Para el autor en mención, la soberanía pierde su carácter absoluto, tal como la concibió Bodino, pues implica ordenación en la concurrencia de países en el ámbito internacional, donde gozan de una libertad, podría decirse moderada, concedida por la voluntad del pueblo. Continúa el autor diciendo:

Soberanía no quiere decir poder absoluto del monarca, así como tampoco se refiere al mito del poder originario e ilimitado de un pueblo presuntamente homogéneo, sino que se funda más bien en la autodeterminación del individuo como elemento central de su dignidad humana y de su papel como

internacional no existe respeto para la soberanía de los Estados, por lo cual debe entenderse que la expresión de que los Estados están sometidos al derecho internacional está ligada estrechamente al principio de igualdad soberana de los Estados”. Carpizo Jorge, “La soberanía del pueblo en el derecho interno y en el internacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1983, núm. 46, enero-abril, nueva serie, año XVI, pp. 61 y 62.

²³ *Ibidem*, p. 65.

²⁴ Häberle, Peter y Kotzur, Markus, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, 2011, p. 107.

ciudadano activo en el Estado constitucional y en la comunidad política que lo sustenta.²⁵

El individuo como ser humano, no solo como ser político por naturaleza —de acuerdo con Aristóteles—, es quien con base en su dignidad y su calidad de ciudadano, mediante su autodeterminación conforma la soberanía del Estado al que pertenece, esta soberanía se establece al interior, y se hace presente en el exterior, con las relaciones internacionales.

Para Kotzur, el elemento cooperativo, es esencial para la concepción de la soberanía, pues se considera que:

El poder público, que actualmente es ejercido tanto por unidades estatales como por unidades supraestatales surgidas de los procesos de integración, no puede ser explicado mediante las categorías unidimensionales de una teoría del Estado positivista, sino que tiene que ser desentrañado a partir de la realidad del mundo globalizado de los Estados.²⁶

Por ello, se establece la posibilidad de hablar de cooperación entre los países, de la tarea pendiente que aun tienen, para la realización de tareas conjuntas. De este modo, “el canon normativo típico, que manifiesta la decisión del Estado constitucional a favor de la cooperación internacional, estructura a la soberanía mucho más de lo que la desplaza. La relativización de la soberanía no conduce a decirle adiós, sino a su reinterpretación como garantía estructural”.²⁷ Así la soberanía se convierte en una de las decisiones políticas fundamentales, pues garantiza al Estado pleno ejercicio del poder al interior, y el establecimiento de relaciones de cooperación entre los países del mundo.

No obstante ello, en la construcción o reconstrucción de la soberanía, es prácticamente imposible perder de vista que “la soberanía del ser hu-

²⁵ *Ibidem*, p. 111.

²⁶ Los textos de las Constituciones nacionales hacen en este sentido una aportación indispensable. En su preámbulo, en sus artículos 23, 24 y 25 apunta la Ley Fundamental de Bonn, como agudamente ha señalado K. Hesse, “más allá de sí misma”. Nuevos intentos terminológicos sustituyen la “supremacía absoluta” como característica de la soberanía. La interacción de competencias relativas, la “soberanía compartida” constituyen otros tantos términos clave. En última instancia, la imagen corriente de la “superposición” del derecho internacional o el europeo a la soberanía no es exacta. No es que una esfera soberana se superponga a la otra, sino que los diversos ámbitos competenciales y los espacios soberanos se *coordinan entre sí* y se vinculan a través de un *mecanismo de engrane* de uno con el otro. *Ibidem*, p. 112.

²⁷ *Idem*.

mano, encuentra su expresión política en la soberanía del ciudadano”.²⁸ Por ello, ser humano y ciudadano, son dos momentos que impactan en la construcción de la soberanía.

2. *Derechos humanos*

Otra de las decisiones políticas fundamentales propuestas por Jorge Carpizo, es la relacionada con los derechos humanos. Al respecto, el autor en comentario nos señala: “La acción del gobierno se debe detener ante los derechos de las personas. Las constituciones garantizan a toda persona una serie de facultades, y se le garantizan por el solo hecho de existir y de vivir en ese Estado”.²⁹

Los derechos humanos, antes de poderlos conceptualizar, se establecen como una barrera para la acción del Estado, pues estos derechos no se pueden sobrepasar por ningún acto humano ni mucho menos por un acto del Estado, y el Estado al mismo tiempo que no puede extralimitarse, debe convertirse en el garante de esos derechos, para permitir a sus habitantes el desarrollo pleno de sus capacidades.

En el aspecto histórico, se entiende por derechos humanos o derechos del hombre, “aquellos derechos que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad. Constituyen una dotación jurídica básica idéntica para todos que, por su naturaleza, corresponde a cualquier hombre para desarrollar la personalidad, la dignidad y el valor del ser humano en cuanto tal”.³⁰

Por lo que se refiere a la concepción de los derechos humanos, ésta es invariable de forma significativa. Sin embargo, las formas de su protección han evolucionado, al grado de que se postula el establecimiento de un bloque de constitucionalidad en nuestro país, con la reforma de 2011 al artículo primero constitucional, donde a la letra dice:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su

²⁸ *Idem.*

²⁹ Carpizo, Jorge, *Estudios...*, cit., p. 299.

³⁰ Pérez Marcos, Regina María, “Los derechos humanos hasta la edad moderna”, en Gómez Sánchez, Yolanda (coord.), *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos-Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2004, p. 32.

protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

El bloque de constitucionalidad pretendido, establece a los tratados internacionales como parte de la legislación aplicable por las autoridades en el país, en donde deben prevalecer el principio pro-persona, y los propios de los derechos humanos, a saber, el párrafo tercero del artículo primero constitucional establece que:

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Con estos derechos reconocidos a los habitantes de la República Mexicana, se establece un cambio en el paradigma de dos instituciones, la primera, las anteriores garantías individuales, se transforman en derechos humanos en la parte sustantiva de lo constitucional, y deja a la parte procesal el aspecto relacionado con aquellos medios de control constitucional adecuados para sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos. La segunda, se da por terminado el viejo debate existente, entre, cual de los ordenamientos es jerárquicamente superior, si la Constitución o los tratados internacionales, de la interpretación del artículo primero, se deriva que ambos ocupan un lugar superior respecto de los demás ordenamientos —en consonancia con el artículo 133 constitucional—, por lo que de forma colaborativa se relacionan estos dos tipos de ordenamientos para la mejor defensa, protección y reconocimiento de los derechos humanos en nuestro país.

Con ello, se establece el control de convencionalidad, el cual de acuerdo con Néstor Pedro Sagües, tiene dos niveles, del siguiente modo establecidos:

- a) Desde años atrás existía el control de convencionalidad (aunque no se le llamase así) realizado por la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien reputaba inválidas a normas del derecho local opuestas al Pacto de San José de Costa Rica, o Convención Americana sobre los Derechos del Hombre. En el caso *La Última Tentación de Cristo*, por ejemplo, reputó violatoria del Pacto a una

cláusula de la Constitución de Chile en materia de censura televisiva y exigió su reforma, cosa que finalmente ocurrió. En *Boyce c. Barbados*, la Corte entendió que también infringía el Pacto una regla constitucional de este país, que impedía el control judicial de las normas anteriores a la Constitución de 1996, aunque vulnerasen derechos fundamentales. A esta variable se la llama, según los autores, control inter (o supra) nacional de convencionalidad, o “desde arriba”.

- b) A partir de 2006, en *Almonacid Arellano*, la Corte Interamericana va a reclamar a los jueces nacionales que inapliquen, ellos mismos, las normas locales opuestas al Pacto de San José de Costa Rica, y a su propia jurisprudencia.

Tal es el segundo nivel del control de convencionalidad, y al que nos referiremos de aquí en adelante. Usualmente se la denomina control “nacional” de convencionalidad, o “desde abajo”. Otros prefieren denominarlo “externo” (respecto del Estado local).³¹

Estos dos niveles se refieren a una legislación interna y a una externa, es decir de el sistema jurídico de un país en relación con los tratados internacionales firmados, en donde debe existir una paridad entre ellos y no contradecirse, y la otra, referida a la legislación interna, donde los jueces deben prever la inaplicación de cualquier disposición jurídica cuando de modo evidente contradiga al texto de la Constitución.

El control de convencionalidad en México, no solo permite a los jueces locales dejar de aplicar textos normativos inconstitucionales, sino al mismo tiempo deben observar la no contradicción con los tratados internacionales, en beneficio de las personas, atendiendo al principio pro-persona.

Los derechos humanos han tenido una evolución considerable frente a la globalización, pues ahora no solo los jueces y tribunales locales se encargarán de proveer una exacta garantía en la protección y defensa de estas prerrogativas esenciales, se trata incluso de tribunales regionales o intercontinentales, en donde los países, mediante la celebración de tratados internacionales deciden someterse voluntariamente a estos tribunales, de

³¹ Sagüés, Néstor Pedro, “El «control de convencionalidad» en el sistema interamericano, y sus antecios en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo”, en Von Bogdandy, Armin *et al.*, (coord.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius Constitucionales Commune en América Latina*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM-Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht- Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011.

donde deriva la correlativa obligación de que una vez firmado el tratado, los países firmantes se comprometen a cumplir con las determinaciones dictadas en los procesos establecidos, con las consecuencias que por su incumplimiento se generen.³²

Los derechos humanos, se consideran parte esencial de las decisiones políticas fundamentales, en tanto permiten al Estado, garantizar un modo digno de vivir dentro de sus límites territoriales.

3. *División de poderes*

Esta teoría tan añeja, sigue aún vigente en nuestros días, con algunas adecuaciones a la realidad tan cambiante y tan distinta a la percibida por Locke o por Montesquieu, en donde lo que prevalece es la existencia de una soberanía y el poder a cargo de los elegidos por el pueblo, distribuido y puesto a disposición de las funciones del Estado. Lejos de monarquías absolutas, Estados autoritarios, totalitarios o fascistas —en algunos casos,

³² Para algunos autores contemporáneos, los derechos humanos se encuentran frente a una encrucijada, determinada por cuatro condiciones, éstas son: A) Las tendencias del desarrollo económico, social, político y cultural, evidencian la negación real y concreta de los derechos humanos fundamentales para la mayoría de la población mundial, independientemente de su grado de consagración jurídica; B) Por la constitución de poderes mundiales, que amenazan los derechos de los pueblos y seres humanos, al tiempo que utilizan los derechos humanos como instrumentos para legitimar guerras, que se amparan en tales derechos para bien del poder y beneficio de las empresas transnacionales (así ocurre con derechos como la libertad de prensa y de opinión, los derechos relativos a la propiedad intelectual, etcétera), y que niegan en la práctica, pero cada vez más en las propias palabras, que los derechos humanos tengan vigencia normativa universal; C) Por la creciente demanda de derechos, el fortalecimiento y el aumento de los movimientos y grupos humanos que luchan por derechos específicos y por la construcción de un modo nuevo de convivencia humana a nivel de comunidad, de nación y a nivel planetario, D) Al mismo tiempo, no podemos dejar de considerar, el conflicto que hoy se desarrolla en torno a las leyes e instituciones de derechos humanos. Es el conflicto existente entre las fuerzas sociales y nacionales, que luchan por instrumentos de convivencia pacífica y de mediación entre los inevitables conflictos sociales y nacionales, y que consideran como uno de los principales instrumentos de esta finalidad a la institucionalidad de los Derechos Humanos; y las fuerzas que utilizan la institucionalidad de los derechos humanos, como instrumento para legitimarse como poder, para legitimar sus acciones, para alentar ideologías funcionales y legitimar violaciones a estos preceptos en nombre de ellos mismos, para imponer una determinada concepción y jerarquía de derechos, otorgando a unos el rol de fundamentales, y a otros, un papel subordinado y secundario. Gutiérrez, Germán, “Globalización y Derechos Humanos. Una mirada desde el contexto latinoamericano”, *Globalización de los derechos... repensando la condición humana: debates y derechos humanos*, Colombia, Instituto Popular de Capacitación, 2003, p. 20.

esas formas estatales siguen vigentes aunque disfrazadas de repúblicas—, en donde ahora se concibe al ser humano como centro de las políticas públicas y no como un ser al servicio del Estado, sino el Estado al servicio del ciudadano, de la persona y del ser humano.

Para Jorge Carpizo, “la idea vertebral del principio de la división de poderes estriba en que el poder detenga al poder. Que lo detenga por y para la libertad del hombre. Que una misma persona no posea todo el poder, porque entonces la libertad fenece. Que el titular de alguno de los poderes no lo sea también de otro”.³³

Carpizo se refiere al clásico sistema de pesos y contrapesos, diseñado por Montesquieu, donde las funciones administrativa, legislativa y judicial a cargo del Estado, no pueden estar depositadas en un mismo órgano o persona, por lo que a cada órgano le corresponde una función en particular.

En opinión de Giuseppe de Vergottini:

El principio de la separación de poderes asumió una función capital en el Estado liberal. Apareció estrechamente unido a la concepción de las libertades individuales y terminó por alcanzar el significado dogmático de mecanismo institucional para tutelarlas: solamente el poder repartido entre distintos órganos estatales podía ser un “poder limitado”, es decir, reducido y controlable, en la medida que a cada órgano constitucional no sólo se le reconocía una función precisa y activa, además se podrían impedir posibles abusos de otros órganos.³⁴

La situación de cada país inmerso en el proceso socioeconómico y cultural de la globalización, impide conservar de manera natural o intacta ese clásico sistema de división de poderes, en tres únicas funciones, como por tradición se usa. En este sentido, hablamos por la influencia que otros tribunales internos o externos tienen sobre cada país, ejemplos los tribunales internacionales, o bien los tribunales o cortes constitucionales que tienen las facultades para controlar el ejercicio del poder. Es por ello que:

La clásica división tripartita del poder es cada día más un esquema obsoleto que no se ajusta a la realidad del Estado contemporáneo. Desde hace más de un siglo los Estados modernos ya cuentan con un “poder” adicional que no

³³ Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, cit., p. 301.

³⁴ De Vergottini, Giuseppe, *Derecho Constitucional comparado*, México, UNAM, SEPS, 2001, p. 274.

fue contemplado por los fundadores de las doctrinas clásicas de la división de poderes como Montesquieu y Madison.³⁵

El poder al que el autor se refiere, es el de los organismos autónomos, los cuales en perspectiva personal no consideramos sean una nueva función del Estado, pues al derivar del poder ejecutivo, se convierten en parte importante en la prestación de servicios para la función ejecutiva del Estado.

Retomando la concepción de Carpizo acerca de las decisiones políticas fundamentales, considera que “el principio de la división de poderes opera más bien como colaboración y coordinación entre los poderes, con el objeto de llevar a cabo en la mejor forma la marcha del gobierno”.³⁶

La división de funciones se establece como una categoría de organización política y administrativa, que facilita la prestación de servicios públicos, el diseño y aplicación de las políticas públicas, el desarrollo de las funciones propias del Estado.

Creemos que, cualquiera que sea la forma de su diseño, el número de órganos entre los que se distribuya el poder, la esencia de esta decisión fundamental del Estado, será evitar los abusos del poder en perjuicio de los derechos humanos y fundamentales de sus habitantes.

En la opinión de Vergottini, el principio de separación implica cinco condiciones inescindibles, a saber:

- a) que la competencia de un órgano de un determinado poder se determinase según el contenido “material” del acto a cumplir; b) que la asignación de la función al órgano se hiciese conforme a la idoneidad de éste para desarrollarla, según su composición; c) que cada poder (grupo de órganos) fuese independiente del otro a fin de garantizar una autonomía real y operativa; d) que los actos de cada función revistan una forma “típica”, y e) que los actos de cada función tuviesen particular “eficacia”, conexas al fin a ella asignado.³⁷

³⁵ Ackerman, John M., “Organismos autónomos y la nueva división de poderes en México y América Latina”, en Carpizo, Jorge y Arriaga, Carol B. (coords.), *Homenaje al doctor Emilio O. Rabasa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, pp. 16 y 17.

³⁶ Carpizo, Jorge, *Estudios...*, p. 301.

³⁷ “En realidad, esta separación rígida no parecía posible, porque se dieron interferencias entre los poderes y contaminaciones respecto a los actos adoptables y a sus formas (por ejemplo, actos sustancialmente normativos del Ejecutivo; actos sustancialmente administrativos del Legislativo y del jurisdiccional). Por otra parte, debe precisarse que algunas funciones públicas fundamentales como la constituyente, la de revisión y la de gobierno (o de dirección política) al principio no se consideraron”. De Vergottini, Giuseppe, *op. cit.*, pp. 274 y 275.

Estos contenidos esenciales del principio de división de poderes en Vergottini, resultan de una concepción formalista y rigorista, aun cuando denota aquello que de forma precisa debe cumplir cada uno de los órganos en los que se deposita el poder.

En nuestro país, aún sigue pendiente la creación de una corte o tribunal constitucional, exclusivamente creado para el control de la constitucionalidad, independiente al control difuso de constitucionalidad que se establece para la justicia ordinaria, incluyendo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Se requiere de este órgano encargado de la interpretación de la Constitución mexicana, así como del control del poder, de la protección jurisdiccional de los derechos humanos, es decir un poder a cargo de la garantía de la Constitución.

4. *Sistema representativo*

Este sistema, es uno de los medio que permite a los ciudadanos elegir a aquellos que han de representar sus intereses sobreponiendo los propios y los del Estado mismo, para el establecimiento generalmente de un régimen democrático.

En sus *Estudios Constitucionales*, Carpizo —en concordancia con Jellinek— dice que la representación es “la relación que existe entre una persona con otra u otras por medio de la cual la voluntad de la primera se considera como expresión inmediata de la voluntad de las últimas. En esta forma, jurídicamente aparecen como una sola persona”.³⁸ Con esta opinión, estamos frente a la unidad de la representación, pues los intereses que prevalecen son los de la comunidad de ciudadanos que han elegido a sus representantes, y que al mismo tiempo protege a aquellos habitantes de un país, que aun sin ser ciudadanos —de acuerdo a los requisitos que cada Constitución establece—, forman parte de los elementos esenciales del Estado.

En palabras de Vergottini, “la representación política se manifestó esencialmente mediante la elección de una asamblea cuyos ciudadanos, componentes de la nación, concurrían al verificarse determinados plazos, agotando su función activa en el momento del acto electoral”.³⁹ Desde épocas muy antiguas, hemos tenido referencia de cuerpos colegiados que se encargan de asesorar al jefe de la comunidad para la mejor toma

³⁸ Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, *op. cit.*, p. 302.

³⁹ Vergottini, Giuseppe, *op. cit.*, p. 252.

de decisiones, ejemplos de ello están el senatus romano, los consejos de ancianos de los antiguos pobladores de Mesoamérica, por nombrar algunos, mismos que eran elegidos en principio por la edad, se trataba de los ancianos, por considerarlos seres con una sabiduría excepcional obra de los años transcurridos en su vivir.

Sin embargo, lo que inició como una actividad honorífica, no tardó en convertirse en institución política para el establecimiento de los sistemas de gobierno y la distribución del poder. De este modo:

El principio representativo, relacionado originariamente con la plena autonomía política de los “representantes”, se fue moderando progresivamente por las formas de vinculación con el cuerpo electoral mediante los partidos y el condicionamiento a través del control político realizado por los electores sobre el comportamiento de los diputados en la asamblea, que podía sancionarse con la falta de reelección de los diputados salientes. Se elaboró la concepción orgánica del Estado, interpretándose la asamblea como órgano constitucional asociado a la satisfacción de intereses colectivos.⁴⁰

La esencia de la representación surge de los intereses de la comunidad y de las decisiones que ella misma toma, para saber quién los representa de manera adecuada ante el poder del Estado.

De acuerdo con Jorge Carpizo, las características del sistema representativo, en la teoría clásica son:

- a) El representante lo es de todo el pueblo, de toda la nación y no solo del distrito electoral que lo eligió.
- b) El representante en su actuación es independiente de sus electores, éstos no le pueden indicar en qué sentido debe votar.
- c) El representante es pagado por el Estado y no por los votantes.
- d) Los votantes no pueden hacer renunciar al representante mediante la concepción de que le revocan el mandato.
- e) El representante no tiene por qué rendir informes o cuentas a los ciudadanos que lo eligieron.

⁴⁰ En la práctica, el principio representativo es armonizado progresivamente con el democrático de modo que asegurase una correspondencia tendencialmente efectiva entre la orientación de los gobernados (cuerpo electoral) y la de los gobernantes (asamblea y gobierno), superando la presunción de correspondencia ínsita en el principio representativo. *Ibidem*, p. 253.

- f) La elección del representante se basa en el principio del voto individual, logrando la curul quien obtuvo la mayoría de votos en ese determinado distrito electoral.⁴¹

Estos principios del sistema de representación deben ir seguidos de un desprendimiento del representante hacia los intereses del grupo político que lo coloca en los sistemas electorales. Es decir, debe ver exclusivamente por los intereses de los ciudadanos que votaron por él, y no por el interés de los partidos políticos, y mucho menos, dificultar las labores legislativas, administrativas y judiciales en beneficio de su persona o de un grupo, debe prevalecer el interés común sobre cualquiera de sus decisiones.

IV. NUEVOS PARÁMETROS DE LO CONSTITUCIONAL

Sin duda alguna, de las decisiones políticas fundamentales identificadas por Jorge Carpizo, muchas siguen vigentes aun con sus consabidas adecuaciones a la realidad actual del país.

Por nuestra parte, consideramos debe adicionarse a las decisiones políticas fundamentales de la Constitución mexicana, medios de control constitucional para el ejercicio del poder, como la revocación de mandato, la facultad de exigir por parte de los ciudadanos la rendición de cuentas a los servidores públicos mediante un procedimiento eficiente que permita establecer sanciones al detectarse irregularidades en el desempeño de sus funciones.

Una efectiva participación a la sociedad en los instrumentos de democracia directa, donde sea ella quien pueda opinar sobre las formas de implementar una efectiva reforma a la ley, donde sus necesidades sean plenamente atendidas.

El Estado mexicano tiene mucho que trabajar por rescatar el lado humano en el ejercicio del poder.

V. CONCLUSIONES

Las decisiones políticas fundamentales son la esencia y razón de ser de un pueblo. Se inscriben en la raíz misma de lo constitucional, pues a partir

⁴¹ Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, cit., p. 302.

de ellas se construye y se delinean las particularidades de un Estado concreto.

Para México, es momento de redefinir y redireccionar nuestras decisiones políticas fundamentales, pues no obstante que todas se hallan inscritas (y hasta diseminadas) en el texto constitucional, es evidente que muchas de ellas no están trazadas con la claridad que amerita su esencial naturaleza. Es recomendable por ello, que nuestra carta magna dedique un apartado para su escritura clara y taxativa.

Próxima a cumplir un siglo de vida, nuestra Constitución tiene que ser el texto magnífico que nos dé a los mexicanos, claridad en el rumbo y certidumbre en los objetivos. Hoy, los temas son educación, combate a la pobreza, transparencia, reforma energética, seguridad y justicia. Sin duda hay otros asuntos de igual relevancia; pero, ¿cómo saberlo?; ¿con qué instrumentos o métodos podemos hacer esta medición? De aquí la importancia y el apremio por definir lo esencial de nuestra *Lex fundamentalis*.

Ya no está Carpizo para ayudarnos con su agudeza a redefinir “lo más esencial” de nuestra Constitución.

Jorge Carpizo deja un enorme espacio vacío que nadie podrá ocupar; no solo porque él, en sí mismo —como cualquier otro ser humano—, sea irrepetible, sino porque su obra prolífica, difícilmente podrá ser igualada.

Gracias don Jorge por todo lo que nos diste. Quedamos en deuda contigo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, John M., “Organismos autónomos y la nueva división de poderes en México y América Latina”, en CARPIZO, Jorge y ARRIAGA, Carol B. (coords.), *Homenaje al doctor Emilio O. Rabasa*, México, Universidad Autónoma del Estado de México-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010
- CARPIZO, Jorge, “La soberanía del pueblo en el derecho interno y en el internacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 46, nueva serie, año XVI, enero-abril de 1983.
- , *Estudios constitucionales*, México, Porrúa-UNAM, 1994.
- GUASTINI, Riccardo, *Estudios de Teoría Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001
- GUTIÉRREZ, Germán, “Globalización y derechos humanos. Una mirada desde el contexto latinoamericano”, *Globalización de los derechos... repen-*

- sando la condición humana: debates y derechos humanos*, Colombia, Instituto Popular de Capacitación, 2003
- HÄBERLE, Peter y KOTZUR, Markus, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, 2011.
- HERNÁNDEZ Valle, Rubén, “El control de constitucionalidad de los procedimientos de modificación constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, T. VIII, Procesos Constitucionales Orgánicos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Marcial Pons, 2008.
- , “El control de constitucionalidad del procedimiento de reforma constitucional”, *Estudios constitucionales*, Chile, Universidad de Talca, 2006, núm. 2, año 4.
- PÉREZ MARCOS, Regina María, “Los derechos humanos hasta la edad moderna”, en Gómez Sánchez, Yolanda (coord.), *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos-Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2004.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, “El “control de convencionalidad” en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo”, en VON BOGDANDY, Armin *et al.* (coord.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitucionales Comunes en América Latina*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM-Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011.
- SANT’ANA PEDRA, Adriano, “Un análisis sobre la intangibilidad de las cláusulas pétreas”, *Derechos y Libertades*, España, Universidad Carlos III de Madrid, núm. 22, Época II, enero 2010.
- VANOSSI, Jorge Reinaldo A., *Estudios de teoría constitucional*, México, UNAM, 2002.
- VERGOTTINI, Giuseppe de, *Derecho Constitucional comparado*, México, UNAM, SEPS, 2001.
- YTURRIAGA BARBERÁN, José Antonio, “Las organizaciones internacionales y la soberanía de los Estados”, *Revista de Estudios Políticos*, 1964, núm. 135-136.

FORMACIÓN Y TRANSFORMACIÓN DEL SISTEMA
PRESIDENCIAL EN AMÉRICA LATINA.
UNA REFLEXIÓN SOBRE EL *IUS CONSTITUTIONALE*
COMMUNE LATINOAMERICANO

Diego VALADÉS

SUMARIO: I. *Explicación*. II. *El sistema presidencial estadounidense*.
III. *El sistema presidencial francés*. IV. *El sistema presidencial latinoamericano contemporáneo*. V. *Reflexiones finales*.

I. EXPLICACIÓN

En la elaboración de este ensayo ha sido clave el estudio pionero en México para sistematizar los factores constitucionales del presidencialismo, realizado por Jorge Carpizo. Por décadas el estudio acerca del sistema presidencial en México atrajo sobre todo a historiadores, politólogos y sociólogos, y si bien los estudiosos del derecho constitucional abordaron con amplitud el papel dominante del presidente, fue a partir de la magistral monografía *El presidencialismo mexicano*, del gran jurista Jorge Carpizo, que el tema fue tratado a fondo con las herramientas del derecho constitucional.

Publicada en 1978,¹ la obra del admirado constitucionalista fue objeto de atención inmediata. La sistematización del poder presidencial, diferenciando sus bases normativas y su expresión fáctica, contribuyó a comprender mejor su dimensión y a proponer las opciones para corregir sus desviaciones. Algunas conductas procedían de la lectura abusiva de la norma; otras se originaban en la fragilidad de un ordenamiento sujeto al entramado institucional que giraba en torno a la hegemonía de un partido dominado a su vez por una persona: el presidente de la República.

A los factores endógenos que propiciaban y acentuaban los efectos de la concentración del poder se sumaban las peculiaridades propias de

¹ Tiene 16 ediciones en español y ha sido traducida al alemán y al italiano.

cada personalidad, más las externalidades del entorno cultural y económico, y de la política exterior. Este último factor influyó de una manera importante y el estudio de sus múltiples implicaciones está todavía pendiente. Se requerirá, entre otras cosas, una detenida investigación documental en los archivos de la cancillería mexicana y de varios repositorios extranjeros, así como los reportes de diversas agencias internacionales de seguridad, en especial a partir de 1948, año de la integración de la Agencia Central de Inteligencia de Estados Unidos.

El presidencialismo mexicano se fraguó y desarrolló en el periodo de la gran depresión económica estadounidense, de la Segunda Guerra Mundial y de la Guerra Fría. El mexicano no fue el único sistema que resintió los efectos de ese contexto internacional. En otras lugares de América Latina se padecieron consecuencias de extrema concentración de poder, igual que en México, pero con el agravante de haber desembocado en dictaduras militares. En el periodo de la Guerra Fría, de 1945 a 1989, los dos únicos países del hemisferio que no padecieron regímenes castrenses fueron Costa Rica y México.

En este estudio me propongo examinar algunas de las fuentes genéticas de los sistemas presidenciales en América Latina, para apuntar al final las tendencias hacia su racionalización que se advierten en la actualidad. Este es el campo de interés que ha promovido de manera sobresaliente el profesor Armin von Bogdandy al investigar lo que identifica como *ius constitutionale commune* latinoamericano. La fructífera tradición comparatista que nutre la doctrina del hemisferio se enriquece ahora con la preocupación del profesor de Heidelberg por identificar los elementos característicos del derecho constitucional en el hemisferio a partir de las resoluciones jurisprudenciales. También ha mostrado que es posible ampliar el horizonte de la indagación a las fuentes de inspiración y a los procedimientos de construcción normativa, que incluyen objetivos, conceptos y contenidos compartidos.

II. EL SISTEMA PRESIDENCIAL ESTADOUNIDENSE

De manera general se acepta que el sistema presidencial latinoamericano procede de Estados Unidos. Esto es evidente, porque el primer sistema presidencial fue el de ese país, y los primeros en adoptarlo y en adaptarlo, fueron los países identificados como *latinoamericanos*.² Cuando aludo a su

² La expresión *Amérique latin* comenzó a ser utilizada en Francia a mediados del

adaptación, es por la gran diferencia contextual del sistema presidencial en Estados Unidos y en América Latina.

Es bien sabido que la célebre obra *El Federalista* ofrece la interpretación por excelencia del texto constitucional. La aprobación de esa Constitución mediante referéndum obligó a un gran esfuerzo explicativo impulsado por Alexander Hamilton, John Jay y James Madison.

Hamilton planteó que “la suprema autoridad ejecutiva” recayera en un gobernador designado de manera vitalicia. La permanencia en el cargo de este gobernador quedaría sujeta a su buena conducta, por lo que su desempeño terminaría con la muerte, con la renuncia o con la destitución. En esta figura de un gobernador vitalicio está presente una de las notas características de los monarcas. La gran diferencia con la monarquía consistía en que el gobernador no tendría derechos dinásticos. Aun cuando la iniciativa de Hamilton fue derrotada, indica que el diseño de la figura presidencial tuvo como base la estructura de la corona británica.

El constitucionalismo estadounidense influyó en otros países por las instituciones que creó, pero también por el procedimiento parlamentario adoptado para el debate. Cuando los convencionistas se dieron a la tarea de construir la Constitución federal ya tenían más de dos lustros de experiencia parlamentaria y habían debatido acerca de cuestiones tan relevantes como el pacto de Asociación Continental, la Declaración de Independencia y los Artículos de Confederación. Una de las muestras

siglo XIX. Todo indica que el poeta colombiano José María Torres Caicedo, muy conocido en los círculos intelectuales de Francia y de Inglaterra, fue el primero en emplear la expresión *América latina* en su poema *Las dos Américas*, publicado el 15 de febrero de 1857 en *El Correo de Ultramar*, un “periódico político, literario, mercantil e industrial” editado en París de 1843 a 1886, y con amplia difusión en los países hispanohablantes de América y en Nueva York. Una de sus estrofas dice así:

“Mas aislados se encuentran, desunidos, / Esos pueblos nacidos para aliarse: / La unión es su deber, su ley amarse: / Igual origen tienen y misión; / La raza de la América latina, / Al frente tiene la sajona raza, / Enemiga mortal que ya amenaza / Su libertad destruir y su pendón”.

El uso de la expresión *América latina* fue impulsado por el gobierno de Napoleón III para denotar la vinculación cultural entre Francia y los países colonizados por España y Portugal, marcando así una diferencia con relación a los de matriz anglosajona. En inglés se tienen registros del uso de *Latin American*, como adjetivo y como sustantivo, a partir de 1890. El adjetivo francés *latino-américain* está identificado a partir del siglo XX, de acuerdo con la Académie Française. Según *Le Grand Robert de la Langue Française* el primer lexicón en esa lengua que lo consignó fue el Larousse de 1931. En lengua española fue incorporado al *Diccionario de la Real Academia* en su 19a. edición, de 1970.

Por otra parte, en el periodo de la revolución de independencia, en Estados Unidos era común hablar de *British America*, como se advierte en los debates del Primer Congreso Continental (sesión del 1o. de agosto de 1774).

de la madurez alcanzada está en los debates acerca de cómo organizar el gobierno.

La discusión sobre este tema ocupó la atención de los constituyentes en diversas sesiones. No me detendré en el análisis del extenso debate; para identificar los aspectos dominantes, de manera esquemática presento las más importantes cuestiones relativas al Ejecutivo (entre paréntesis se menciona el nombre de los representantes y las fechas del debate, todas en 1787):³

- Ejecutivo elegido por el Congreso, por un periodo fijo, sin reelección (William Houston, junio 1o.). La elección por el Congreso fue cuestionada porque propiciaría una lucha de intrigas que dividiría de manera permanente a los legisladores (Elbridge Gerry, junio 2)
- Ejecutivo como magistratura que ejercía funciones delegadas por el Congreso (Roger Sherman, junio 1o.).
- Ejecutivo sin facultades en materia de paz y guerra, para evitar su conversión en un monarca. Mandato: 7 años (Charles Pinckney, junio 1o.).
- Ejecutivo unipersonal. Tendría más “energía” (en el sentido de poder) para atender sus funciones, pero cuidando que esas responsabilidades no coincidieran con las del monarca inglés. Se aclaraba que en los gobiernos de los Estados no había ejercicio colegiado sino singular. Elección popular indirecta, mediante la cual los ciudadanos elegirían *electores*. Mandato: 3 años. También se advirtió en contra de que la elección del Ejecutivo fuera hecha por las legislaturas estatales, porque esto favorecería las disputas por el poder (James Wilson, junio 1o., 2, 4).
- Ejecutivo acompañando por un Consejo, para evitar que fuera “el feto” de una monarquía. El Ejecutivo colegiado tendría dificultades para actuar, sobre todo en materia militar (Gerry, junio 1o., 4).
- En los estados los titulares del Ejecutivo eran singulares pero estaban obligados a consultar a un Consejo (Sherman, junio 4).
- Ejecutivo con funciones limitadas, que no podrían incluir las que fueran de carácter legislativo ni jurisdiccional (James Madison, junio 1o.).
- Mandato: 7 años sin reelección (George Mason, junio 1o.).

³ Véase los textos completos en Madison, James, *Notes of the Debates in the Federal Convention of 1787*, Nueva York, W. W. Norton, 1987.

- El Ejecutivo debía contar con el pago de sus gastos, pero no con salario. Debía evitarse la proclividad a convertir los cargos públicos en una fuente de enriquecimiento (Benjamin Franklin, junio 2).
- Remoción del Ejecutivo por el Congreso a solicitud de la mayoría de las legislaturas estatales (John Dickinson, junio 2).
- Derecho al veto (legislación negativa) del Ejecutivo (Gerry, junio 4). Se recordó que el monarca británico no ejercía este derecho desde la Revolución de 1688 (Alexander Hamilton, junio 4). Se aclaró que el rey de Gran Bretaña no tenía que invocar ese derecho porque los sobornos a los miembros del Parlamento lo hacían innecesario (Franklin, junio 4). También se dijo que no se podía facultar a una sola persona para oponerse a la voluntad de todos (Sherman, junio 4). Se sugirió que las objeciones del Ejecutivo fueran aceptadas a condición de poder ser superadas por una mayoría especial (Madison, junio 4).

El procedimiento de elección del presidente fue una de las cuestiones que mayor preocupación e interés suscitó. Aunque no se tenía experiencia acerca de los efectos que podría tener el mecanismo electoral aplicado a los presidentes, se tuvo una clara intuición de que se trataba de una cuestión mayor que había que examinar con el mayor rigor posible. Las opciones consideradas pueden verse en los debates de los días 9 y 18 de junio, y 24 y 25 de julio. Fueron las siguientes:

- Elección por sorteo. Se tuvo presente que ésta había sido una modalidad en Atenas. Sus mayores ventajas consistían en que se evitaba la polarización entre los electores (pueblo, asambleas, o gobernadores) y en que se moderaba la ambición de los aspirantes. Fue desechada con rapidez porque se adujo que los pueblos deben ser gobernados por la razón, no por la suerte (King, julio 24).
- Elección por los “gobernadores o presidentes” de los estados. Aquí se tuvo en cuenta la experiencia de los grandes electores en el Imperio Romano Germánico. Se consideró que convertiría en monarcas a los gobernantes locales (Gerry, junio 9 y julio 25).
- Elección por las legislaturas de los estados. Esta modalidad preservaría el poder de decisión que los estados habían alcanzado con motivo de la Confederación, pero a la vez significaba que se dejaba latente una de las causas de debilidad de la Unión y que se abriría la posibilidad de que, si la mayoría de las legislaturas se pusieran de acuerdo, elegirían al más débil (Madison, julio 25).

- Elección por el Congreso. Tendría la ventaja de que el Ejecutivo contaría con el apoyo mayoritario para gobernar, pero auspiciaría la intervención de fuerzas externas que pretenderían influir sobre los legisladores. Se recordó que en la elección del emperador de Alemania intervenían todas las potencias europeas. Además, se prestaba a la intriga y dejaba al Ejecutivo en manos de la asamblea que lo había elegido; dividiría al Congreso y esto afectaría su trabajo ulterior (Madison, julio 25).
- Elección popular. Era la solución más democrática pero beneficiaría a los candidatos de los estados más poblados y afectaría a los estados pequeños, generando un desequilibrio que se oponía a las motivaciones de la federación (Madison, julio 25). Otros argumentaron que le daría “mucho poder a los ignorantes” (Gerry, julio 25).
- Por electores. La elección indirecta en segundo grado resultó la más convincente porque se situaba en un nivel intermedio entre la elección directa y la elección por una asamblea o por un conjunto de asambleas. En adición, los electores seleccionados para la ocasión se reunirían y procederían de inmediato, sin dar oportunidad a las presiones externas ni a la corrupción, y luego se disolverían, sin representar un factor permanente de interés (Madison, julio 25).

En cuanto a la denominación, en la mayor parte de los debates se hizo referencia solo al “Ejecutivo”, aunque en la propuesta de Hamilton se hablaba de “gobernador”. En algunas Constituciones locales había gobernadores y en otras presidentes.⁴ En el caso del proyecto de Constitución de Virginia, en 1776, se proponía poner el gobierno en manos de un “Administrador”, que contaría con su “Sub administrador” y con un Consejo Privado. Este administrador tendría facultades para disolver la Asamblea, duraría solo un año en el poder y ejercería en general “los poderes que antes habían correspondido al rey de Inglaterra”. Este proyecto tuvo una gran repercusión porque Virginia era a la sazón la colonia más poblada. Tanto así que cuando se hizo la asignación de diputados que integrarían el primer Congreso, la distribución quedó así: Nueva Hampshire, 3; Massachusetts, 8; Rhode Island, 1; Connecticut, 5; Nueva York, 6; Nueva Jersey,

⁴ Por ejemplo, en las Constituciones fundamentales de la Provincia de Nueva Jersey, de 1683, y en la norma conocida como *Frame of Government* de Pensilvania, de 1698, se aludía al gobernador con ese nombre y por sus funciones de encabezar el Consejo de gobierno se le mencionaba como presidente (artículo XIX y párrafos 25 y 27, respectivamente).

4; Pennsylvania, 8; Delaware, 1; Maryland, 6; Virginia, 10; Carolina del Norte, 5; Carolina del Sur, 5; Georgia, 3.

Para tener un panorama completo del proceso constitucional estadounidense, además de *El Federalista* y de *La democracia en América*, es indispensable la voluminosa, documentada e inteligente obra del jurista liberal británico James Bryce, quien en *The American Commonwealth* (1888) ofrece una acertada interpretación de las decisiones adoptadas en Filadelfia. En cuanto al tema aquí mencionado Bryce indica que los constituyentes estadounidenses eran profundos conocedores del sistema constitucional inglés, y que a la vez la población educada estaba muy familiarizada con el desarrollo constitucional de sus propios Estados; desarrollo madurado a lo largo de un siglo. En este sentido la figura de los gobernadores locales fue una significativa fuente de inspiración y es el antecedente más cercano para el sistema presidencial que se generó en Filadelfia.⁵

En el debate también se produjeron observaciones ligeras que dieron lugar a reflexiones profundas, como resulta frecuente en toda discusión sobre estas materias. Por ejemplo, se dijo (Coronel Mason, junio 4) que “la más peligrosa monarquía” no era la inglesa sino la que se proponía para Estados Unidos: la electiva. Esta consideración no tomaba en cuenta que la monarquía es vitalicia y hereditaria. Sin embargo, este fue el tipo de inquietudes que llevaron a eludir el sufragio directo para la elección del presidente.

El 26 de julio la asamblea adoptó el resolutivo XII conforme al cual se acordó que el Ejecutivo nacional sería unipersonal, elegido por el Congreso para un periodo de siete años sin reelección, con facultades para aplicar las leyes y designar funcionarios, a menos que las leyes dispusieran otra cosa. Este magistrado era removible mediante enjuiciamiento y responsable por negligencia y mala conducta, y tenía derecho a percibir una remuneración a cargo del erario “por la dedicación de su tiempo al servicio público”.

El acuerdo se puso en manos del Comité de Detalle,⁶ compuesta por cuatro abogados y un comerciante.⁷ La Convención entró en receso para esperar a que esta Comisión presentara un proyecto que integrara las

⁵ Cfr. Bryce, James, *The American Commonwealth*, Indianápolis, Liberty Fund, 1995, vol. I, pp. 34 y ss.

⁶ La expresión *Committee of Detail* no tiene equivalente en español; es una figura que solo se utilizó en la Convención. Más tarde también se integró la Comisión de Revisión y Estilo, en la que participaron Alexander Hamilton y James Madison.

⁷ Oliver Ellsworth, abogado; Nathaniel Gorham, comerciante; Edmund Randolph, abogado; John Rutledge, juez, y James Wilson, abogado y juez.

resoluciones preliminares y los debates sostenidos. El resultado de este trabajo fue presentado el 6 de agosto y se convirtió en el proyecto formal de la Constitución. Fue en esta Comisión donde se introdujo la denominación de *presidente* para el magistrado que hasta ese momento solo había sido mencionado como Ejecutivo. Hay muchos elementos para inferir que quien propuso ese título para el Ejecutivo fue James Wilson,⁸ de la misma manera que se le reconoce como autor de la expresión *república federal*.⁹

El liderazgo de la Convención lo compartían Wilson y Madison,¹⁰ y Wilson había sido muy insistente en la necesidad de un Ejecutivo unipersonal. Al entrar en vigor la Constitución, Wilson fue designado para integrar la Corte Suprema y en el Colegio de Filadelfia se estableció la primera cátedra de derecho, que fue conferida a Wilson. En su lección inaugural estuvieron presentes el presidente y el vicepresidente de Estados Unidos, el Congreso federal en pleno, y la legislatura del Estado.¹¹ Este reconocimiento muestra hasta qué punto se trataba de una personalidad de excepcional relevancia.

III. EL SISTEMA PRESIDENCIAL FRANCÉS

En febrero de 1848 Karl Marx y Friedrich Engels publicaron el *Manifiesto Comunista* que abría con una profética expresión, que se haría famosa:

⁸ En las notas de trabajo de Wilson hay una que dice: “The Senate and H. D. [House of Delegates] shall by joint Ballot annually chuse the Presidt. U. S. from among themselves or the People at large. — In the Presidt. the executive Authority of the U. S. shall be vested”. *Cit.* por Thach, Charles C., *The creation of the presidency 1775-1789*, Baltimore, The Johns Hopkins Press, 1969, p. 109. Véanse asimismo Rossiter, Clinton, 1787. *The Grand Convention*, Nueva York, MacMillan, 1966, pp. 202 y ss. donde el autor explica que Wilson tuvo a su cargo la formulación final del proyecto, al que agregó precisiones y detalles, y Gilson, Bernard, *La découverte du régime présidentiel*, París, LGDJ, 1982, pp. 109 y ss.

⁹ La escritora Mercy Otis Warren, con el seudónimo “A Columbian Patriot”, escribió en febrero de 1788: “... had not Mr. Wilson, in the fertility of his genius, suggested the happy epithet of a *Federal Republic*”, en Bailyn, Bernard (ed.), *The debate on the Constitution, Federalist and Antifederalist speeches, articles and letters during the struggle over ratification*, Nueva York, The Library of America, 1993, vol. II, p. 289.

¹⁰ *Cf.*: Ackerman, Bruce, *We the people. Transformations*, Cambridge, Mass., Belknap, 1998, p. 78. Thomas Jefferson subrayó que Wilson tenía un poder de persuasión equivalente al de “Demóstenes y Cicerón juntos”, *cit.* por Alexander, Lucien Hugh, “James Wison, patriot, and the Wilson Doctrine”, *The North American Review*, Boston, 1906, vol. 183, núm. 8, p. 5.

¹¹ *Cf.*: Wilson, James, *Collected Works*, Indianápolis, Liberty Fund, 2007, vol. I, p. 403.

“Un fantasma recorre Europa: el fantasma del comunismo”. En efecto, ese mismo mes se produjo en Francia la Revolución que se expandiría por una buena parte de Europa y que daría lugar a profundos cambios institucionales en el continente.

En el orden jurídico, la Revolución tuvo como consecuencia la Constitución de ese mismo año. Fue la primera norma suprema con carácter social. No fue una decisión fortuita; fue el resultado natural de las ideas y de las movilizaciones sociales propiciadas por la conmoción de 1789, recogidas por las diversas corrientes socialistas y comunistas que proliferaron en Europa, y sobre todo en Francia.

La Constitución de la Segunda República, del 28 de octubre de 1848, es el precedente de las Constituciones sociales del siglo XX. En su preámbulo fijaba la orientación de la norma en el sentido de procurar la equidad y el bienestar social. En su parte preceptiva (artículo 13) estableció la libertad de trabajo y de industria, el derecho a la educación primaria gratuita, a la educación profesional, a la igualdad de relaciones entre obreros y patronos, a la previsión social y al crédito, y a la asistencia de los menores abandonados y de los discapacitados, de los ancianos y de los pobres a quienes sus familiares no pudieran socorrer.¹²

En el orden político esa Constitución fue la primera, fuera del continente americano, que adoptó el sistema presidencial. Aunque en Europa ya había repúblicas, el sistema presidencial de oriundez estadounidense todavía no figuraba en el elenco de las instituciones continentales.¹³ Conforme al artículo 43, el pueblo francés *delegaba* “el poder ejecutivo en un ciudadano que recibe el título de Presidente de la República”. El presidente era elegido por cuatro años, en lo que se asemejaba al de Estados Unidos, pero no podía ser reelegido para el periodo inmediato, con lo que se introducía una variante que tenía que ver con la preocupación de evitar una recaída monárquica. La característica más relevante, empero, no era esa; lo novedoso consistía en que la elección del presidente era por sufragio directo, secreto y universal (artículo 46). Eran electores todos los franceses mayores de veintiún años, sin que para el ejercicio de sus derechos se requiriera condición censal alguna (artículo 25).

¹² Louis-Marie de Cormenin incluyó en su proyecto de Constitución la educación gratuita, libre y bajo la supervisión del Estado, y el derecho al trabajo y a la asistencia (artículo 4o.). Véase *Petit pamphlet sur le projet de constitution*, París, Pagnerre, 1848, pp. 4 y 9. En otro panfleto, con la forma de carta pública dirigida a Thiers, firmada con el seudónimo Maître Pierre, le dijo: “El porvenir pertenece a los obreros”. Véase *La république des paysans*, París, André Sagnier, 1872, p. 5.

¹³ Véase Gilson, *op. cit.*, pp. 291 y ss.

La Constitución también disponía que para ser elegido era necesario obtener más de la mitad de los votos emitidos, o en el caso de no ser así, contar por lo menos con dos millones de votos. La exigencia de este número de sufragios era razonable, si se tiene en cuenta que la población ascendía a 36 millones de habitantes. Si ningún candidato cumplía con cualquiera de los dos requisitos, la elección incumbiría a la Asamblea Nacional, que designaría por mayoría absoluta eligiendo con libertad entre los cinco candidatos más votados (artículo 47).

Entre las facultades del presidente francés que no tenía su equivalente en Estados Unidos figuraban: presentar iniciativas de ley a través de los ministros; disponer de la fuerza armada, aunque sin poder comandarla en persona; nombrar y remover libremente a los ministros, y nombrar y remover, en Consejo de Ministros, a los agentes diplomáticos, los comandantes militares, los gobernadores de las colonias, incluida Argelia, y a todos los demás titulares de cargos oficiales, y proponer a la Asamblea una terna para la designación del vicepresidente de la República. Además, los ministros tenían derecho a usar la palabra en la Asamblea Nacional cada vez que lo decidieran así (artículos 49, 50, 64 y 69). Otra diferencia consistía en que el presidente, los ministros y todos los “agentes depositarios de autoridad pública” eran responsables de sus actos ante la Asamblea Nacional, sin que el presidente pudiera a su vez disolverla (artículo 68).

Como se advierte, en Francia había diferencias significativas con relación al modelo presidencial estadounidense. Aunque se introducía un elemento de control al establecer la responsabilidad política del presidente, sus facultades eran más extensas que las asignadas por la Constitución de Filadelfia y, lo más relevante, su fuente de legitimidad era el pueblo mismo. Comenzaba, así, el sistema presidencial de base plebiscitaria.

El 10 de diciembre, apenas unas semanas después de ser promulgada la Constitución, fue elegido presidente Luis Napoleón Bonaparte, hijo de Luis, rey de Holanda, y sobrino del emperador. Tres cuartas partes de los ciudadanos participaron en la elección presidencial, otorgándole 5.4 millones de votos, frente a 1.9 distribuido entre sus opositores. En cambio, la elección de los diputados apenas contó con la participación del 40% del electorado, y los sufragios se fragmentaron entre monárquicos, divididos en orleanistas y legitimistas, más socialistas, comunistas y republicanos moderados. Las tensiones entre el príncipe-presidente y la Asamblea se suscitaron desde el inicio mismo del periodo. Bonaparte se sentía posee-

dor de un apoyo popular superior al de cada uno de los diputados e incluso al del conjunto de la Asamblea.¹⁴

Al acercarse el siguiente proceso electoral, Luis Napoleón intentó remover la prohibición constitucional de reelección. Ante las reticencias de la Asamblea recurrió a un procedimiento plebiscitario que la norma no contemplaba. Integró un comité de reforma constitucional que a su vez se allegó un millón cuatrocientas mil firmas exigiendo la reforma. En julio de 1851 la Asamblea se pronunció sobre la reelección y se acordó la reforma constitucional pero sin alcanzar la mayoría calificada que requería la Constitución. Luis Napoleón decidió entonces disolver la Asamblea, contraviniendo una vez más la Constitución.¹⁵ Para remediar su acción, que estaba tipificada como “crimen de alta traición”, apeló al pueblo como “juez supremo”. El 22 de diciembre se llevó a cabo un referéndum con la siguiente pregunta: “El pueblo francés mantiene la autoridad de Luis Napoleón Bonaparte y delega en él los poderes necesarios para establecer una Constitución”. La respuesta a favor la dieron 7.4 millones de franceses, contra apenas seiscientos mil en contra. El presidencialismo plebiscitario estaba en marcha.

La decisión constitucional referente al sufragio universal tuvo motivaciones democráticas, pero como en esa época todavía no se hacían análisis de sociología electoral no se advirtió que resultaría muy funcional para los conservadores. La Revolución de febrero tenía un alto componente social y contó con la participación dominante de los trabajadores parisinos. Cuando fue convocada la elección de la Asamblea constituyente, se introdujo el principio electoral libertario que le daba derecho a votar a todos los franceses. El resultado, empero, no favoreció a la izquierda en la proporción esperada.

De los 36 millones de habitantes que Francia tenía en 1848, París contaba con un millón y Marsella con alrededor de un cuarto de millón. La combinación territorial y demográfica de Francia se proyectó en la Asamblea, compuesta por 900 diputados. De ellos, cerca de 200 eran socialistas y 250 monárquicos. En cuanto a las profesiones, había 26 obreros y más de 400 abogados. En el orden patrimonial, dos tercios paga-

¹⁴ Véase Delyfer, Henriette, “Une comédie de suffrage universel?”, en Bluche, Frédéric, *Le prince, le peuple et le droit*, París, PUF, 2000, pp. 48 y ss.

¹⁵ Marx acuñó otra demoledora expresión para referirse a este hecho. En el primer párrafo de su célebre ensayo *El 18 de Brumario de Luis Bonaparte* señaló: “Hegel dice en alguna parte que todos los grandes hechos y personajes de la historia universal se producen, como si dijéramos, dos veces. Pero se olvidó de agregar: una vez como tragedia y otra vez como farsa”.

ban impuestos por más de 500 francos, lo que denotaba una posición económica desahogada, y en cuanto a experiencia parlamentaria 165 ya habían sido diputados durante la monarquía.¹⁶

En materia electoral la provincia francesa no se comportaba como la capital del país; los campesinos no compartían el radicalismo obrero; la burguesía local no participaba de las ideas sociales. La orientación electoral del grueso de la población francesa favoreció en menor proporción a los socialistas y a los comunistas que a las demás corrientes ideológicas, por lo que el desencanto que siguió a los comicios llevó a decir a Proudhon que “para los obreros, la Revolución tiene que empezar otra vez”.¹⁷

Entre las personalidades sobresalientes figuraron Alphonse de Lamartine, Adolphe Thiers, Robert de Lamennais y Víctor Hugo, por la llamada *Joven izquierda* estaban Alexis de Tocqueville y Jules Dufaure, y entre los socialistas más prominentes destacaron Louis Blanc, Víctor Considérant, Pierre-Joseph Proudhon y Pierre Leroux,¹⁸ pues François Raspail, Étienne Cabet, Louis Auguste Blanqui, resultaron derrotados en las elecciones. Louis-Napoleón fue elegido pero su posible presencia en la Asamblea generó un intenso rechazo que lo llevó a dimitir.¹⁹

También fueron diputados el gran teórico del parlamentarismo, Prosper Duvergier de Hauranne que apenas en 1846 había publicado *De la Réforme parlementaire et de la réforme électorale*, que tuvo una rápida e importante repercusión en el ámbito político francés, y Luis Marie de LaHaye Cormenin, un influyente jurista, progresista y experimentado parlamentario, promotor entusiasta del sufragio universal y autor, entre otros trabajos, de *Ordre du jour sur la corruption électorale et parlementaire*. A Cormenin se le reconoció como *el apóstol del sufragio universal*, y como presidente de la comisión redactora de la Constitución de 1848 tuvo un papel decisivo para su adopción.²⁰

Cormenin fue el autor del plan general de la Constitución. Antes de preparar un anteproyecto, sometió a la consideración de los restantes

¹⁶ Bastid, Paul, *Doctrines et institutions politiques de la Seconde République*, París, Hachette, 1945, T. I, pp. 188 y ss., y 225 y ss.

¹⁷ *Idem*, p. 187.

¹⁸ Leroux formuló un confuso proyecto al que denominó “Constitución democrática y social”, que no recibió mayor atención por parte de la asamblea. Véase *Project d'une Constitution démocratique et sociale*, París, Lib. Gustave Sandré, 1848, pp. 141 y ss.

¹⁹ Bastid, *op. cit.*, p. 233.

²⁰ A Cormenin, asociado a Armand Marrast, se le consideraba como el padre de esa Constitución. Véase Mirecourt, Eugène de, *Cormenin*, París, Rue des Marais Saint-Martin, 1858, p. 81.

miembros de la comisión un esquema de cinco grandes rubros que incluían la definición de las formas del “poder ejecutivo” y del “poder legislativo”. En cuanto al primero las opciones para ser analizadas eran: gobierno de asamblea, directorio integrado por 3, 5 o 7 personas, o un solo titular del poder elegido por tres años, aunque dejaba abierta la posibilidad de que los demás integrantes de la comisión propusieran otras modalidades dignas de ser tomadas en cuenta. En cuanto al sistema representativo planteaba como temas y problemas para discutir el sufragio universal y directo, el número de representantes, las formas de escrutinio, la integración uni o bicamaral, y la extensión de los periodos de sesiones.²¹

La cuestión de las dos cámaras estuvo asociada al debate sobre la forma de gobierno. Los constituyentes se decantaron por una sola cámara, pero las observaciones de dos personajes apuntaron las consecuencias de esa decisión. Entre los diecinueve integrantes de la Comisión de Constitución figuraban dos brillantes y experimentados analistas: Tocqueville y Gustave de Beaumont. Amigos desde la juventud, afines en lo familiar, en lo social y en lo político, compañeros como magistrados en sus años mozos, realizaron juntos en 1831-1832 el viaje a Estados Unidos que les daría celebridad. Beaumont escribió *Du système pénitentiaire aux États-Unis*, publicado en 1833, y Tocqueville *La democracia en América*, aparecida en 1835. Cuando en la elaboración de la Constitución de 1848, ambos estaban muy familiarizados con las instituciones estadounidenses y, apoyándose en ese conocimiento, predijeron que la adopción en Francia de una sola cámara generaría tensiones excesivas entre la Asamblea y el presidente, que podrían desembocar en la ruptura del orden constitucional por parte del Ejecutivo. Tocqueville afirmó: “Estoy convencido de que sin un sistema de dos cámaras la República se perderá”.²² Fue eso lo que ocurrió. Esta experiencia no fue analizada por los Constituyentes mexicanos de 1857, a pesar de que varios de ellos conocían bien la política y las instituciones francesas.

El parlamento unicamaral era, de suyo, un factor importante para desencadenar el proceso anunciado por Tocqueville. Pero por si no hubiera sido suficiente, también operó en la misma dirección el sistema electoral adoptado por la Constitución. Años después, al analizar lo ocurrido en 1848, Léon Duguit advirtió que la causa que desencadenó la fractura

²¹ *Ibidem*, pp. 239 y ss.

²² *Ibidem*, p. 247.

constitucional residió en que el presidente y la Asamblea tenían la misma fuente de legitimidad: el sufragio universal.

Con el peso de su autoridad académica y en el ejercicio de la presidencia de la Comisión de Constitución, Cormenin convenció a sus integrantes acerca de las ventajas democráticas del sufragio universal para la elección del presidente y de los diputados. Cuando el proyecto fue presentado a la Asamblea el diputado Jules Grévy defendió la que se conoció como *Enmienda Grévy*, que consistía en permitir la reelección indefinida del presidente, por parte de la Asamblea. Grévy era un respetado republicano que todavía no alcanzaba la notoriedad y la relevancia políticas que lo llevaron a ser presidente de Francia entre 1879 y 1887, por lo que su propuesta fue derrotada por 643 votos, contra 158 que la apoyaron. El debate entre Lamartine y Grévy ofreció el contraste entre la elocuencia del primero y la lógica del segundo. Grévy favorecía el sufragio universal para la elección de la Asamblea, lo que en su concepto le otorgaría el poder de representar al pueblo soberano, pero advertía que si se aplicaba esa misma fuente de poder al presidente, auspiciaría el ejercicio monárquico del poder por la “prodigiosa fuerza moral” que significaba contar con un apoyo popular de gran magnitud.²³

Duguit fue del mismo parecer y, utilizando los instrumentos del análisis constitucional señaló que la Constitución de 1848 convirtió al presidente y a la asamblea en contendientes inevitables, porque se generó una doble representación de la soberanía popular. “Al decidir que el poder ejecutivo fuera delegado por el pueblo a un presidente de la república elegido por cuatro años mediante sufragio universal, la Asamblea se contradecía a sí misma”. En tanto que los diputados y el presidente eran nombrados por los mismos electores, representaban al mismo elemento político, por lo que uno de los dos sucumbiría “fatalmente” ante el otro. “En 1848, el presidente de la república sólo podía ser una *rueda paralizada e inútil* o bien una fuerza sin rival que absorbería todo el poder”.²⁴

Los republicanos franceses aprendieron tan bien la lección de 1848 que en las siguientes Constituciones, en 1875, 1946 y 1958, la elección del presidente fue indirecta. Una reforma promovida por Charles de Gaulle, en 1961, restableció la elección directa, para fortalecer la situación del presidente ante un parlamento compuesto por dos cámaras.

²³ Lehning, James R., *To be a Citizen: The Political Culture of the Early French Third Republic*, Ithaca, Cornell University Press, 2001, pp. 16 y ss.

²⁴ Duguit, Léon, *L'Etat, les gouvernants et les agents*, París, Dalloz, 2005, pp. 322 y ss.

El sistema plebiscitario de 1848 tuvo una profunda repercusión en América Latina. De manera sucesiva la elección plebiscitaria de los presidentes fue siendo acogida por las Constituciones de Bolivia (1851), Perú (1856), Venezuela (1858), Ecuador (1861), El Salvador (1864), Honduras (1865), Guatemala (1879), Brasil, desde su primera Constitución republicana (1891), Nicaragua (1893), Panamá, desde su primera Constitución (1903), Colombia, mediante la reforma de 1905 a la Constitución de 1886; Costa Rica (con la reforma constitucional de 1913), Uruguay, en su segunda Constitución (1918), y Chile (1925, al reformar la Constitución de 1833).

En México Venustiano Carranza anunció su proyecto de Constitución en el discurso inaugural del Congreso Constituyente, el 1o. de diciembre de 1916, y en cuanto a la presidencia advirtió que: “El presidente tendrá indispensablemente su sostén en el mismo pueblo; tanto contra la tentativa de cámaras invasoras, como contra las invasiones de los pretorianos. El gobierno, entonces, será justo y fuerte”. Mostraba así que la utilización del voto universal y directo para la elección del presidente significaba una considerable fuerza para el presidente, que era lo que se había pretendido conjurar en Filadelfia y en cambio había sido adoptado en Francia en 1848: la primacía del presidente con relación al Congreso. Esta era, por otra parte, una tesis electoral que se distanciaba de la doctrina que había sostenido Emilio Rabasa.

Rabasa, quien atribuyó la dictadura al mal diseño de la Constitución de 1857, tuvo una posición muy crítica con relación al sufragio universal. Para el constitucionalista mexicano el “buen sentido” de la Comisión proyectista de la Constitución de 1857 siempre estuvo por encima del conjunto del Congreso. Esa Comisión había planteado que para ejercer el derecho al sufragio era necesario saber leer y escribir, con lo que coincidía Rabasa; empero, en el debate plenario prevaleció la corriente que consideraba que “las clases indigentes” no eran culpables del descuido de los gobiernos en cuanto a la instrucción pública. “Sin conciencia de la gravedad de la resolución y por unanimidad de votos, el Congreso cerró las puertas a la democracia posible en nombre de la democracia teórica”, afirmó Rabasa. Más adelante subrayó que “el sufragio universal produce en todos los países la aparición de elementos perturbadores”. Como ejemplo apuntaba que “En Estados Unidos los negros y los inmigrantes nuevos y pobres son electores que gana el cohecho de los profesionales de la política o el engaño de los juglares de los comicios”.²⁵

²⁵ Rabasa, Emilio, *La Constitución y la dictadura*, México, Revista de Revistas, 1912, pp. 173 y ss.

Las críticas al sufragio universal invocaban argumentos conservadores. Si el estándar de la democracia se determinara por las condiciones imperantes y no por los objetivos procurados, las instituciones jamás habrían avanzado porque el condicionamiento cultural no lo hubiera permitido. La relación sinérgica entre norma y normalidad debe considerarse en el orden de potenciar cambios recíprocos y no su anquilosamiento sistemático.

En el caso de Argentina la Constitución de 1853 adoptó el modelo estadounidense de elección indirecta en segundo grado. Casi un siglo después, la Constitución peronista de 1949, en cambio, siguió el estándar bonapartista, pero solo se aplicó en las elecciones de 1951 porque en 1952 fue restablecido el texto del siglo XIX y no fue sino hasta la reforma de 1994 cuando, de manera definitiva, se reimplantó la elección directa (artículo 94).

En cuanto a Cuba, en 1934 se introdujo el sufragio universal y directo, denominado simplemente “popular”, para la elección de todos los “mandatarios” (artículo 39), y en Paraguay la elección directa fue incorporada por primera vez en la Constitución autoritaria de 1940 (artículo 49).

Un problema generalizado en América Latina, durante el periodo de elecciones indirectas, fue la corrupción y el caciquismo que la acompañó. El fenómeno dominante fue la hegemonía del clero, de los militares y de los terratenientes, que controlaron los procesos electorales y que produjo, entre otras consecuencias, la prolongada vigencia del Estado confesional. La elección directa tampoco propició el advenimiento de la democracia sino de formas diversas de ejercicio patrimonial del poder. El daño ocasionado por la corrupción endémica y la falta de cultura democrática que precedió al sufragio directo condicionó durante décadas el sentido de los comicios, alterando o manipulando de manera sistemática la decisión de los ciudadanos.

Ambos modelos de elección presidencial, el norteamericano y el francés, fueron objeto de distorsiones. El primero, porque favoreció el poder de las oligarquías que controlaban los procesos de elección; el segundo porque benefició la concentración plebiscitaria del poder en una sola persona.

IV. EL SISTEMA PRESIDENCIAL LATINOAMERICANO CONTEMPORÁNEO

Al principiar el siglo XIX el constitucionalismo moderno estaba instalado en la doctrina y en las instituciones de los países más influyentes del plane-

ta. Los constructos que nutrirían al constitucionalismo ya eran conocidos y discutidos también en los espacios coloniales de las américas española, francesa y portuguesa. Los conceptos de contrato social y de soberanía que dieron fundamento conceptual a la independencia y al ejercicio constituyente de los nuevos Estados, más la separación de poderes, que permitió configurar la arquitectura del poder a través de las Constituciones, eran la fuente en la que abrevaba el pensamiento político de las naciones colonizadas.

En la cultura de la época también se tenía un conocimiento sistemático del derecho romano, aprendido además en latín. En las escuelas de las américas el latín se estudió a lo largo del todo el siglo XIX. Esto permitía que los profesionales y los intelectuales estuvieran familiarizados con el mundo clásico, que incluía las raíces atenienses de la democracia.

Sin embargo el modelo clásico no aportaba instrumentos operativos para configurar los órganos del poder en las nuevas naciones independientes, y una vez resuelto lo concerniente a la construcción de un orden constitucional se presentaba el problema práctico del diseño institucional y de acomodar los órganos del poder de una manera que resultara funcional.

En la etapa en la que se produjeron los movimientos independentistas en la mayor parte del hemisferio, solo eran conocidas tres grandes formas de organización constitucional del poder: el parlamentario, británico, que siguió evolucionando a lo largo del siglo XIX; el presidencial estadounidense, y el monárquico, continental europeo, que al inicio del siglo XIX exhibía las tensiones entre un absolutismo declinante y un constitucionalismo incipiente.

La Revolución francesa era una fuente de inspiración en materia de principios, pero no de organización política. El nacimiento de las repúblicas latinoamericanas coincidió con el imperio y la restauración en Francia, que bien poco podían orientar en la construcción de los nuevos Estados. Por su parte Gran Bretaña venía de la Revolución gloriosa y el sistema parlamentario seguía embarneciendo, pero todavía no se había aplicado en ninguna república. En cambio, la doctrina francesa de la separación de poderes, postulada por Montesquieu y adoptada por la Declaración de los Derechos del Hombre, ya había tenido acogida amplia en la Constitución estadounidense, y allí se había construido un modelo de gobierno compatible con el de una organización republicana.

Por eso entre los varios factores que contribuyeron a la formación del sistema presidencial en América Latina fue muy relevante la fuerza expansiva del modelo estadounidense. La razón no consistió en una simple

imitación mecánica, sino en un contexto institucional que ofrecía pocas opciones además de la americana. Pero hubo otro ingrediente que si bien tuvo una repercusión menor, no debe ser desestimado: la doctrina Monroe.

El 2 de diciembre de 1823 el presidente de Estados Unidos, James Monroe, presentó su séptimo informe de gobierno ante el Congreso. En el poder desde 1817, Monroe fue el gran arquitecto de la geopolítica norteamericana y de su consiguiente expansión territorial. En 1823 hizo explícita la tesis, ante representantes y senadores, en el sentido de que los sistemas políticos de las potencias europeas eran “esencialmente” distintos de los de Estados Unidos. Pero no se limitó a señalar la diferencia; también envió un mensaje a Europa en el sentido de que “cualquier intento de expandir sus sistemas en cualquier lugar de este hemisferio será considerado como amenaza a nuestra paz y seguridad”.²⁶ Para que no quedara duda alguna, unos párrafos más adelante reiteró: “Es imposible que los poderes aliados extiendan su sistema político en cualquier parte de este continente sin poner en riesgo nuestra paz y felicidad”.

¿A qué sistemas se refería Monroe? Los Estados con los que su país tenía una relación más frecuente, sobre todo por cuestiones políticas, comerciales y territoriales, eran España, Francia, Gran Bretaña, Prusia y Rusia. Con este último país se hacían las gestiones para adquirir Alaska, con España se negoció la compra de Florida, con Gran Bretaña se compartió parte de Oregón. En cuanto a Francia, a Monroe le había correspondido años antes negociar la adquisición de Luisiana. Otro asunto que generaba fricciones con algunas potencias europeas era el comercio de esclavos, al que Monroe se opuso con firmeza por considerarlo aberrante e inhumano.

Al momento de la declaración de Monroe en los países continentales europeos dominaba el sistema de gobierno monárquico sin matices; el parlamentario no se había extendido fuera de Gran Bretaña. Los acuerdos diplomáticos entre Estados Unidos y Gran Bretaña incluían limitar la expansión de potencias como España y Francia en los territorios de América, para así poder extender el comercio angloamericano. Aun cuando no se planteó una exclusión expresa del sistema parlamentario, la acción diplomática de los enviados estadounidenses incidía en las bondades del sistema presidencial y esta actitud se reforzó a partir de la declaración de diciembre de 1823. La posición de Monroe, tal como fue enunciada,

²⁶ Richardson, James (comp.), *Messages and papers of the presidents*, Washington, Bureau of National Literature, 1912, vol. I., pp. 776 y ss.

representaba una defensa de los intereses de las naciones independizadas de España; la interpretación imperialista fue posterior.²⁷

El sistema presidencial se fue implantando en la América hispanohablante por la inviabilidad práctica de seguir otros modelos, por la naturaleza republicana de las nuevas naciones, por la proximidad histórica de la Constitución de Estados Unidos y por el rápido prestigio de un sistema que funcionaba en un contexto de libertades y de prosperidad y por la presencia política de ese país en el resto del hemisferio.

Las lecturas que se le dieron al sistema presidencial estadounidense en los países latinoamericanos que fueron adoptando el sistema presidencial, incorporaron matices propios, ajenos al modelo original. El contexto del sistema presidencial en las excolonias españolas (Brasil fue un imperio de 1822 a 1889) presentaba considerables diferencias con el contexto en Estados Unidos. En el periodo de la independencia americana en Londres funcionaba un Parlamento que había reivindicado sus derechos ante el monarca casi un siglo atrás. En ese Parlamento fue donde primero se escucharon las razones referentes a *no taxation without representation* (*no hay tributación sin representación*), pues esta era una tesis cuyas raíces se remontan a las disposiciones constitucionales británicas de 1215, que había sido enunciada con precisión por John Locke²⁸ y que en Irlanda tuvo un uso extendido desde principios del siglo XVIII.²⁹ En contraste, Madrid seguía siendo la sede de un gobierno con vocación absolutista a pesar del cambio intentado con la Constitución de 1812.

La circunstancia de que las primeras reivindicaciones norteamericanas estuvieran referidas a los derechos tributarios, y que las acompañaran las relativas a la libertad religiosa, situó al sistema representativo en una posición de equilibrio ante el Ejecutivo. La composición demográfica de las colonias no era homogénea. En ellas convivían, en condiciones de personas libres, alemanes escoceses, holandeses, ingleses e irlandeses, que profesaban diferentes cultos y ritos religiosos, en su mayoría familiarizados con los efectos de la Guerra de Treinta Años y con el contenido de los Tratados de Westfalia. Esta circunstancia también propició un mayor interés en el sistema representativo. A lo anterior se sumaban una trayectoria de relativa autonomía de las colonias entre sí, y una tradición jurisdiccional que había propiciado la existencia de un foro experimentado.

²⁷ Cfr. Hart, Gary, *James Monroe*, Nueva York, Times Books, 2005, pp. 108 y ss.

²⁸ *The second treatise of Government*, cap. 11, 138.

²⁹ Cfr. McCullough, David, *John Adams*, Waterville, Thorndike Press, 2001, p. 83.

En la América española, en cambio, las reivindicaciones independentistas tuvieron otro derrotero. Al menos al inicio de los movimientos revolucionarios hubo adhesiones a la monarquía, y más tarde el gran elemento que definió el *ius constitutionale commune* durante la larga fase inicial del constitucionalismo consistió en la paradójica intolerancia religiosa. Sin tradición representativa local ni metropolitana, sin vocación descentralizadora, sin prácticas jurisdiccionales que dieran prioridad al ordenamiento civil y con la comprometedor carga de atender las exigencias de una Iglesia habituada a ejercer el poder político en forma vertical, después de tres siglos de dominio de la Inquisición, los órganos de los Estados nacientes obedecieron a un patrón de concentración del poder. A partir de la independencia, de los presidentes dependería la unidad territorial, la relación con el papado y la asignación de cargos sin la intervención de los congresos.

Además, los fuertes liderazgos militares se trasladaron al ámbito político por varias razones: no había una clase dirigente local; la turbulencia social no se apaciguó al concluir la lucha independentista; se presentaron conflictos territoriales con los Estados vecinos; sobrevinieron amenazas de reconquista por parte de la exmetrópoli española, y el endeudamiento de las nuevas naciones propició el intervencionismo de potencias europeas. En estas circunstancias en la mayor parte de los países latinoamericanos se tuvo la prolongada presencia de gobiernos militares. A manera de ejemplos están los siguientes casos: en Argentina, después de un proceso institucional muy complejo, Juan Manuel de Rosas ocupó el poder de 1829 a 1852, con un intervalo de poco más de dos años en el que gobernaron otros militares y un civil impuestos por él; en Bolivia, a partir del gobierno del Antonio José de Sucre en 1824, los militares estuvieron en el poder hasta 1855; en Chile sucedió lo mismo entre 1817 y 1851. El gobierno de México, de 1821 a 1855, fue desempeñado por dieciocho generales; solo por breves periodos, y de manera subordinada a los militares, a lo largo de ese periodo tres civiles ocuparon la presidencia, por un total de 20 meses en conjunto. Perú fue gobernado desde 1821 hasta 1862 por comandantes insurgentes y en Venezuela ocurrió otro tanto entre 1830 y 1868, en un ciclo iniciado por José Antonio Páez y concluido por José Tadeo Monagas.

Los militares siguieron ocupando la presidencia de los países latinoamericanos también después de las fechas indicadas, pero lo que me interesa destacar es que en su fase adaptativa, la presencia castrense imprimió una dirección cesarista a los sistemas presidenciales de la región. En contraste, en Estados Unidos George Washington no aceptó una segun-

da reelección con argumentos republicanos ejemplares, y después de él hubo cinco presidentes más antes de que fuera elegido otro militar, Andrew Jackson, en 1829, es decir 42 años después de Washington. En total, en el siglo XIX Estados Unidos tuvo diez presidentes militares, uno de los cuales gobernó solo un mes y medio. Algunos, como Jefferson, Madison y Monroe tuvieron grado militar como voluntarios, no como integrantes del ejército profesional.

Sin perder de vista que el sistema presidencial norteamericano fue objeto de cambios que le dieron perfiles propios en los países latinoamericanos, es posible identificar las influencias dominantes en diferentes etapas históricas de su evolución. En términos generales han sido tres las grandes fuentes en las que se ha nutrido el diseño institucional de los sistemas presidenciales. La primera y más relevante fue la estadounidense, como ya se dijo antes, que perfiló la denominación y la atribución del poder ejecutivo a una sola persona; la segunda fue la bonapartista, en cuanto a la base plebiscitaria del poder presidencial; la tercera ha sido el sistema adoptado por la Constitución francesa de 1958, que ha permitido superar la tesis de la incompatibilidad de las instituciones de oriundez parlamentaria con la de origen presidencial.

Uno de los grandes problemas relacionados con el diseño de las instituciones consistió en suponer que los sistemas eran *puros*, y que la forma de organizar y de hacer funcionar los órganos del poder tenía que obedecer a una ortodoxia que impedía integrar en un sistema instituciones de diversas procedencias. Este esquema fue superado por la norma francesa de 1958, que combinó de manera muy funcional elementos de los dos grandes sistemas. No fue el primer caso. Antes se había tenido una conjugación análoga en la primera república española (1873-4), que aunque no llegó a aprobar una Constitución formal, en la práctica tuvo un presidente designado por el Congreso y responsable, al igual que sus ministros, ante el órgano de la representación nacional. Otro tanto ocurrió con las Constituciones de Portugal (1911), Alemania (1919) y Finlandia (1919). Pero por razones comprensibles ninguno de esos precedentes tuvo la repercusión de la Constitución francesa de 1958.

El inteligente diseño adoptado por Michel Debré y el grupo de expertos que colaboró con él, para conciliar las ideas presidencialistas del general Charles de Gaulle y las parlamentaristas del propio Debré, dieron como resultado una norma que en su primera fase no contemplaba la elección plebiscitaria del presidente. Fue una reforma de 1961 la que retomó esa modalidad del constitucionalismo decimonónico francés.

Cuando aludo a la influencia del nuevo constitucionalismo francés no es porque su modelo se haya adoptado en América Latina, sino porque le dio argumentos convincentes a quienes abogaban por dejar atrás las rigideces del presidencialismo añejo, que a su vez se había refugiado en un discurso político y académico conservador. El temor a la *mestización* de los sistemas, como una causa de su inoperancia, se veía contrarrestado por el éxito de la experiencia francesa, que se fue amoldando a las circunstancias y que después de 1986, con motivo de la primera *cohabitación*, como la denominó Duverger,³⁰ permitió concluir que se estaba ante un sistema basculante que se acercaba al presidencial o al parlamentario según que el partido del presidente tuviera o no mayoría parlamentaria.

Aunque la fuerza expansiva de la cultura francesa ha disminuido, la Quinta República ha sido un ejemplo para los demócratas latinoamericanos. Las posibilidades de democratización en el hemisferio se ampliaron a partir de la terminación de la Guerra Fría y los cambios constitucionales menudearon después de 1989. El militarismo entró en una fase decreciente hasta llegar a un punto en el que, con excepción de Cuba, el hemisferio es gobernado por civiles. Otro giro significativo se dio en favor de los derechos humanos y de sus garantías.

Aunque el desarrollo constitucional latinoamericano ha seguido ritmos distintos, en cuanto al sistema presidencial están presentes tres modelos: el *tradicional*, el *transicional* y el *democrático*.

Llamo *modelo presidencial tradicional* al que mantiene concentrado el poder en la persona del presidente. El entorno mundial dominante, los procesos electorales internos, la observancia de los derechos fundamentales, incluidas las libertades de información y de opinión, y los cambios culturales generan circunstancias diferentes a aquellas en las que el hermetismo político y el aislamiento internacional facilitaban el autoritarismo. Aún así, el modelo tradicional de los sistemas presidenciales conserva constantes arcaizantes con relación a las tendencias democráticas del constitucionalismo contemporáneo. La declinación de este modelo depende de múltiples factores. Por una parte las exigencias sociales se multiplican; por otro los cambios culturales están cada vez más asociados a las formas de comunicación y a la multiplicación de las opciones educativas. La preservación de este modelo tradicional implica costes sociales de inequidad

³⁰ Duverger, Maurice, *Bréviaire de la cohabitation*, París, PUF, 1986, p. 7 : “La cohabitation d’un président de gauche et d’une majorité de droite va permettre d’appliquer enfin la Constitution de la V République”.

e inseguridad; costes políticos de ineptitud y corrupción, y costes económicos de improductividad y rezago.

El *modelo presidencial transicional* corresponde a una etapa que se sitúa entre la posición tradicional, recalcitrante a los cambios institucionales, y el modelo democrático hacia el cual se puede evolucionar. El modelo transicional se caracteriza por la adopción de los instrumentos de control jurisdiccional y político, con responsabilidades para los titulares de los cargos públicos, y donde los controles sociales, en especial los de índole electoral, ya están consolidados. En este modelo transicional algunas formas avanzadas de control están incorporadas al ordenamiento constitucional y significan un adelanto en el sentido de modificar el entorno institucional y de generar estándares culturales propicios para la plena validez de las normas que regulan los procesos del poder. Algunos de estos sistemas presidenciales al mismo tiempo que incorporan instituciones de control jurisdiccional y político, contienen su neutralización o incluso la anulación de sus efectos mediante otras instituciones constitucionales con las que coexisten. Esto no excluye que haya ocasiones en que esa interacción negativa no haya sido deliberada y se trate de errores en el diseño, susceptibles de corrección.

Considero que se alcanza un *modelo presidencial democrático* cuando se pasa de los enunciados formales a la positividad de la norma en materia de controles jurisdiccionales y políticos, y por ende se está ante un sistema presidencial que ha superado la concentración de facultades en una sola persona, en el que las decisiones gubernamentales son objeto de deliberación en un gabinete con facultades constitucionales y los ministros que lo integran están sujetos a responsabilidades políticas. Los postulados normativos por sí mismos son valiosos en tanto que apuntan lo que corresponde al deber ser del sistema presidencial, pero en las relaciones de poder las resistencias al cambio, incluso al formal, son muy intensas y se multiplican cuando se pasa a su aplicación real. La expresión nominal de las disposiciones relativas al sistema presidencial no siempre denotan que se esté dando su cumplimiento. En ocasiones encubren usos y prácticas diversas que no guardan relación con lo prescrito por la Constitución. En estos casos considero que se sigue en la fase transicional, y que el modelo democrático se consolida en cuanto la norma y la normalidad coinciden.

El derecho constitucional común de América Latina presenta muchos datos en cuanto a que, tendencialmente, los modelos tradicionales están movilizándose hacia los transicionales, y algunos de éstos han alcanzado o se acercan a la tercera modalidad, democrática. Aludo a *modelos*, no a *fases* de un proceso diacrónico. Si bien es frecuente que se produzcan

efectos agregados equivalentes a una línea evolutiva, también suceden fenómenos regresivos. Los modelos mencionados corresponden a una perspectiva dinámica que permite advertir las oscilaciones del sistema presidencial, que lo mismo puede pasar del transicional al democrático, que viceversa.

Las semejanzas formales entre las instituciones no ofrecen la certidumbre de que operen de manera análoga en los diferentes sistemas constitucionales, y ni siquiera de que se pueda hablar de su validez y eficacia en los Estados donde están en vigor. La homogeneidad se agota en los enunciados formales, si bien esto tampoco es algo que pueda desdeñarse. En la medida en la que se tienda a adoptar instituciones análogas, y dadas las condiciones de intensa comunicación que caracterizan a la sociedad global contemporánea, lo que comienza como una expresión nominal muy bien puede culminar en un auténtico proceso normativo.

La reserva concierne a que en una construcción dinámica además del análisis normativo es menester examinar los variados factores culturales con los que conviven y en los que se desarrollan las mismas instituciones jurídicas y políticas. El núcleo de afinidades formales tiende a estandarizarse, pero la homogeneidad cultural es mucho más compleja. Algunos patrones de conducta se han generalizado en regiones determinadas, pero lo que concierne a los comportamientos asociados al ejercicio del poder tiene fuertes notas vernáculas que imprimen una multiplicidad de matices a las instituciones políticas.

Estas consideraciones inducen a considerar que el *ius constitutionale commune* debe atender también al contexto, y que las condiciones de homogeneidad cultural en América Latina son engañosas. Hay elementos externos compartidos y que son de gran importancia, como el idioma, pero también hay diferencias que tienden a acentuarse.

A partir de 1988 quince Constituciones han adoptado instituciones avanzadas en materia de régimen de gobierno. Diez de ellas son nuevas y cinco fueron reformadas en esa dirección: Argentina (1994), Bolivia (2009), Brasil (1988), Chile (modificada en 2001 y con nuevas reformas anunciadas para 2014), Colombia (1991), Ecuador (2008), El Salvador (reformada en 2000), Guatemala (reformada en 1993), Honduras (1999), México (reformada en 2014), Nicaragua (reformada en 2000), Perú (1992), República Dominicana (2010), Uruguay (1996) y Venezuela (1999).

De esas Constituciones ocho prevén la aprobación congresual del programa de gobierno: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, México, República Dominicana y Uruguay. Por otra parte en once se hace referencia a las facultades de los gabinetes: Argentina, Bolivia, Brasil, Co-

lombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Panamá, República Dominicana, Uruguay, Venezuela, y en cinco a las de los jefes o coordinadores de los gabinetes de gobierno: Argentina, Chile, Guatemala, Perú, Venezuela. Considerando estos catorce países, se advierte que solo la Constitución de Argentina incluye los tres rubros, mientras que en otros siete están recogidas dos de esas categorías.

En la mayoría de los catorce países los ministros están sujetos al control político por parte de los congresos. Las modalidades generalizadas de control son las preguntas y las interpelaciones. La censura, la más dura forma de expresar una discrepancia por parte de los representantes políticos, está prevista en once Constituciones: Argentina, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay, Venezuela.

El alcance de las instituciones mencionadas no es igual en cada caso. Las instituciones están sujetas a *interacciones normativas y culturales*. En el primer caso el comportamiento de una misma institución en diferentes ámbitos normativos depende de cómo están estructuradas y funcionan otras instituciones. Por ejemplo, las relaciones entre el gobierno y el congreso se ven influidas por el régimen de partidos, que a su vez guarda una relación estrecha con los mecanismos electorales. La aprobación de un programa de gobierno se dificulta si en el congreso es dominante la presencia de dos partidos y adquiere otra dinámica según haya un número reducido de partidos o la representación se encuentre muy fragmentada. Los matices posibles no se agotan allí. También influye el talante del electorado y su actitud en función de problemas de coyuntura, la actitud de los medios de comunicación, la magnitud de las presiones ejercidas por los centros de poder económico nacionales y extranjeros, por las organizaciones gremiales y académicas, por los líderes culturales y sociales, e incluso las inercias establecidas.

Otras interacciones están referidas al contexto normativo. Puede haber disposiciones constitucionales que orienten las políticas del Estado en materia educativa, habitacional, asistencial y de salud, para solo mencionar unos casos, que representen un ingrediente acerca del cual se puedan tener variaciones de políticas pero no posiciones muy alejadas. A esto se puede sumar que el programa sea ejecutado por un gobierno mayoritario o por uno de coalición. También se debe considerar si el sistema jurisdiccional ofrece instrumentos para impugnar las normas que regulan la aplicación de los programas de gobierno, por lo que la eventualidad de correcciones, modificaciones o incluso derogaciones no queda excluida.

Todo lo anterior se menciona en el caso de una sola institución, el programa de gobierno, para ilustrar las múltiples vicisitudes a las que se encuentra sujeta una institución en un momento determinado. El esquema se hace más complejo si se examinan las posibilidades en un horizonte cronológico extendido. Por ende, los trazos que apunten a la homogeneidad formal pueden ser examinados con mayor facilidad si se hace sobre la base de un modelo que permita apreciar los elementos comunes dominantes, para luego cotejarlos con los procesos de interacción institucional que varían en el espacio y en el tiempo. Es relevante que además de los elementos formales se contemplen los efectos reales de cada uno de los sistemas presidenciales para identificar la relación entre norma y normalidad.

Convencionalmente se ha entendido como integrantes de América Latina a los países hispano-luso hablantes. Aceptando esa convención, hay 19 países en el área. De estos, conforme a los modelos apuntados más arriba, el examen de la norma y de la normalidad aparente permite establecer que los sistemas presidenciales de Brasil, Chile, Costa Rica y Uruguay corresponden al modelo democrático. En esos países los instrumentos de control jurisdiccional y político se encuentran en una fase que permite hablar de su aplicación efectiva.

El modelo transicional, con un amplio gradiente en cuanto a su desarrollo, se observa en Argentina, Colombia, Guatemala, Panamá, Perú y República Dominicana. Cada uno de esos sistemas presenta problemas que no les han permitido consolidar el modelo presidencial democrático, pero el instrumental requerido ya está en vigor.

Los restantes sistemas constitucionales forman parte del modelo tradicional. Aquí se inscriben Bolivia, Cuba, Ecuador, El Salvador, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay y Venezuela. En el caso cubano, el rezago se extiende al ordenamiento mismo en su conjunto, que no se encuadra en el constitucionalismo contemporáneo. Otros sistemas, como Bolivia, Ecuador, Nicaragua y Venezuela, contienen disposiciones formales de control político, pero también establecen instituciones que confieren a los respectivos presidentes poderes hegemónicos que neutralizan y en algunas circunstancias incluso nulifican las posibilidades de control por parte de los órganos jurisdiccionales y representativos. En cuanto a los otros países centroamericanos subsiste la fragilidad de las instituciones representativas. El caso de Paraguay es impreciso porque si bien el congreso ejerció funciones extremas de control con relación al presidente, también es probable que no haya actuado con autonomía y que se haya subordinado a otras formas de presión. Se trata de una situación *sui generis* en

la que todos los indicios apuntan en el sentido de que se mantiene una estructura vertical del poder.

México forma parte de modelo tradicional, porque los cambios en materia de régimen de gobierno promulgados en 2014 entrarán en vigor en 2018, y aun así solo contemplan avances moderados en cuanto a la aprobación del programa de gobierno y a la participación del congreso en la ratificación de algunos integrantes del gabinete. El poder sigue concentrado en la figura presidencial, y si bien las previsiones para 2018 son un avance con relación a la situación presente, no contemplan el amplio elenco de controles políticos que ya están presentes en los sistemas que han sido caracterizados dentro de los modelos transicional y democrático.

V. REFLEXIONES FINALES

Un aspecto que es conveniente tener en cuenta cuando se analiza la formación de algunas instituciones que caracterizan al *ius commune* latinoamericano, es el origen europeo de las que se reputan como estadounidenses, entre ellas el componente plebiscitario del sistema presidencial. En tanto que sería descabellado plantear siquiera la modificación del mecanismo plebiscitario, lo que debe buscarse es su corrección por la vía de otras instituciones de compensación, en especial por el acoplamiento de gobiernos de gabinete en el sistema presidencial. De esta manera, sin que los presidentes ocupen a la vez la jefatura del Estado y del gobierno, los integrantes del gabinete estarían sujetos a formas de investidura, control y remoción que atenuarían las tensiones e incluso propiciarían formas de colaboración entre gobiernos y congresos.

Los constituyentes de Filadelfia tuvieron dos grandes modelos de referencia: el inglés, lo que es muy conocido, y el holandés, en lo que se repara bastante menos. Con todo, es inequívoco que la presencia holandesa fue importante en las trece colonias.³¹ En el siglo XVII las colonias holandesas se extendían en partes de los actuales territorios de Nueva York, Pensilvania, Delaware y Massachusetts.

³¹ Cfr. Mijndhardt, Wijnand, “The Declaration of Independence and the Dutch legacy”, y Voorhees, David William, “English Law through Dutch eyes”, en Rosenblatt, Albert M., y Rosenblatt, Julia C. (eds.), *Opening statement. Law, jurisprudence, and the legacy of the Dutch New York*, Albany, State University of New York Press, 2013, pp. 55 y ss., y 207 y ss., respectivamente.

Durante el periodo de la colonización norteamericana, los Países Bajos estaban organizados como República de las Siete Provincias Unidas (Republiek der Zeven Verenigde Provinciën), como República de los Siete Países Bajos Unidos (Republiek der Zeven Verenigde Nederlanden), o simplemente como Provincias Unidas (Verenigde Provinciën). La estructura correspondía a un Estado confederado y su vigencia se extendió de 1581 a 1795. Téngase en cuenta que lo que hoy es Nueva York antes fue Nueva Amsterdam, y todavía se conservan allí nombres holandeses como Bronx (por su fundador Jonas Bronck) y Harlem, que a su vez había sido Nueva Harlem.

El concepto *Estados Unidos*, que está asociado a las ideas republicana y federal, que fue adoptado por las trece colonias con motivo de su independencia³² y luego por México y por Brasil, procede del constitucionalismo republicano holandés del siglo XVI. Esta es una vertiente de estudio todavía poco explorada.³³ Además esto no resulta ajeno a la tradición norteamericana en tanto que el pensamiento republicano de ingleses y holandeses aparece “conectado” en el periodo que comprende las dos últimas décadas del siglo XVI y la primera del XVII, según ha demostrado Jonathan Scott.³⁴

En el primer Congreso Continental, reunido a partir de octubre de 1774 y del que resultaron los Artículos de Confederación de 1778,³⁵ figuraron muchos de los más eminentes juristas de la época. Entre ellos estuvo John Adams, quien años más tarde sería el segundo presidente de Estados Unidos.³⁶ Adams reconoció que la “historia de [Holanda], y sus complicadas constituciones, han provisto de una inagotable fuente de

³² Conviene tener presente que en 1643 ya habían sido adoptados los *Articles of Confederation of the United Colonies of New England*.

³³ Con toda razón se afirma que la república holandesa suele ser poco estudiada, a pesar de que en su momento atrajo la atención de los más relevantes estudiosos de la política en Europa. Cfr. Gordon, Scott, *Controlling the State*, Harvard, Harvard University Press, 1999, p. 167.

³⁴ “Classical republicanism in Seventeenth-century England and the Netherlands”, en Van Gelderen, Martin y Skinner, Quentin, editores, *Republicanism. A shared European heritage*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, vol. I, pp. 61 y ss. Scott subraya que es llamativo que la relación entre las teorías republicanas inglesa y holandesa no se haya estudiado sino hasta fines del siglo XX.

³⁵ Entraron en vigor en marzo de 1781.

³⁶ De los 56 delegados que representaron a las 13 colonias en 1774, 8 participaron en la elaboración de la Constitución federal, entre ellos los influyentes Gouverneur Morris y George Washington. Otros, como John Adams y Thomas Jefferson no intervinieron directamente en la aprobación de la Constitución pero sí contribuyeron con sus ideas y observaciones.

materiales para nuestro [de los constituyentes] propósito”.³⁷ Entre otros aspectos mencionó que en los holandeses se inspiró el principio de que los cargos públicos debían corresponder a todos los hombres por igual, en función exclusiva de su mérito. Reconoció que la organización holandesa era ejemplar pues cada provincia contaba con una asamblea, cada ciudad con un burgomaestre y sus respectivos consejeros, y que los jueces eran independientes.

La experiencia institucional holandesa fue mencionada en varias ocasiones durante el proceso constituyente.³⁸ Uno de esos casos fue el relacionado con la denominación que debía darse al titular del gobierno. En los Países Bajos existía ya un funcionario con el título de estatúder (*stadholder*, *stadtholder*, en inglés; *stadhouder* en neerlandés), que se confería, durante la dominación española, a los gobernadores de las fortalezas. En español, en sentido literal, se traduciría como lugarteniente. La misma voz se conservó durante el periodo republicano para identificar al gobernador de una provincia. Fue usada por primera vez, en este sentido, cuando los Estados Generales nombraron a Guillermo de Orange, en 1580. El título subsistió hasta 1802. En el caso de la casa de Orange el cargo se hizo hereditario, por lo que su deriva monárquica representó un obstáculo para su adopción por parte de los convencionistas de Filadelfia. El tema fue mencionado sin mayor profundidad por Benjamin Franklin en la sesión del 4 de junio de 1787, y por Pierce Butler un par de días antes.

Los elementos analizados permiten identificar que el sistema presidencial en América Latina tiene varias raíces europeas, una significativa influencia estadounidense y numerosas notas propias. Por otra parte el sistema presidencial estadounidense ha seguido evolucionando después de su formulación inicial en 1787, y muchos aspectos de ese proceso de adaptación forman parte de cambios formales de la Constitución, de la interpretación de la Corte Suprema y de variaciones en los usos y estilos que ya no han tenido impacto en los sistemas latinoamericanos. La sujeción del gobierno a las investigaciones acordadas por el Congreso, por ejemplo, se comenzaron a practicar en 1792 aunque ni entonces ni ahora hayan formado parte del ordenamiento.

Además, hay propuestas para reformar el sistema presidencial desde el siglo XIX, con independencia de que también las haya para sustituirlo

³⁷ Adams, John, *A defence of the Constitution of government of the United States of America, against the attack of M. Turgot in his letter to Dr. Price*, Londres, John Stockdale, 1794, vol. I, p. 69.

³⁸ Entre otras, en la intervención de Benjamin Franklin el 4 de junio de 1787.

por un sistema parlamentario, como sostiene Bruce Ackerman.³⁹ Cuando la Constitución norteamericana acababa de cumplir un siglo de vida, un joven jurista, Woodrow Wilson, postuló la conveniencia de incorporar en el sistema presidencial de Estados Unidos un *gobierno de gabinete*, que permitiera transformar un sistema dominado por los intereses en un sistema que privilegiara las responsabilidades políticas. En opinión de Wilson, para superar la supremacía de comisiones congresuales irresponsables se hacía necesario construir un gabinete responsable.⁴⁰

La cuestión del voto sigue estando sujeta a debate en Estados Unidos. En 1967 el 58% de las personas encuestadas se manifestaba a favor de la elección popular directa del presidente; en 2004 ese porcentaje subió a 61. Tal vez la mayoría no está consciente de los cambios que una modificación así ocasionaría. Por eso, a pesar de la inclinación prevaleciente, hay quienes se siguen pronunciando por no hacer semejante modificación.⁴¹

Hablar de un parentesco remoto entre los sistemas presidencial y parlamentario no aclara nada, porque en su esencia todas las formas de dominación tienen semejanzas; lo importante es que la evolución de ambos sistemas tiende a hacerlos compartir principios e instituciones. Los sistemas parlamentarios se han movido hacia formas que ofrezcan más estabilidad, en tanto que los presidenciales lo han hecho hacia modalidades que garanticen mayor responsabilidad. En América Latina se han hecho intentos serios de adaptación del sistema parlamentario en Brasil, Chile, Cuba y Ecuador, y en diferentes momentos ha sido objeto de análisis por parte de asambleas deliberantes en otros países, entre ellos México. No se trata, por ende, de un esquema ajeno a la realidad constitucional latinoamericana. En la actualidad las notas dominantes comienzan a girar hacia un modelo presidencial democrático que asocia el ejercicio del poder con los principios, las normas y las prácticas del constitucionalismo contemporáneo. Ese es el derrotero previsible y deseable del *ius constitutionale commune* latinoamericano.

³⁹ Ackerman, Bruce, *La nueva división de poderes*, México, FCE, 2007, pp. 25 y ss.

⁴⁰ Cfr. Wilson, Woodrow, *Cabinet Government in the United States*, Stanford, Overbrook Press, 1947, pp. 10 y ss. La versión original de este ensayo fue publicada en 1879. Cinco años después aparecería su célebre *Congressional Government*, donde partió de la premisa de que el verdadero contraste no estaba entre los sistemas presidencial y monárquico, sino entre los gobiernos congresual y parlamentario. En 1908, en su obra culminante, *Constitutional government in the United States*, reiteró su tesis de un gobierno de gabinete para su país. Véase edición de Transaction Publishers, New Brunswick, 2004, pp. 67 y ss.

⁴¹ Es el caso de John Paul Stevens, ex juez de la Corte Suprema. Cfr. Stevens, J. P., "Should we have a new Constitutional Convention?", *The New York Review of Books*, Nueva York, octubre 11-24 de 2012, vol. LIX, núm. 15, pp. 20 y ss.

IUSNATURALISMO Y NEOCONSTITUCIONALISMO: COINCIDENCIAS Y DIFERENCIAS

Rodolfo Luis VIGO*

SUMARIO: I. *Precisiones iniciales (¿qué iusnaturalismo y qué neoconstitucionalismo?)*. II. *Coincidencias*. III. *Diferencias*. IV. *Conclusión*.

I. PRECISIONES INICIALES (¿QUÉ IUSNATURALISMO Y QUÉ NEOCONSTITUCIONALISMO?)

Precisa Alexy que después de dos mil años sigue habiendo dos posiciones básicas en torno al concepto del derecho: positivistas y no-positivistas, y la clave de esa diferenciación reside en la relación que se reconozca entre derecho y moral. Los positivistas postulan la tesis de la separación, y por ende, cualquier contenido puede ser derecho dado que el elemento definitorio del derecho lo establece la decisión autoritativa (es derecho lo que se establezca como tal según el órgano con competencia a esos fines; aquí se inscriben autores como Kelsen o Hart) o aquello que rige o tiene vigencia social como derecho (aquí se enrolan los realismos sociologistas). Los no-positivistas defienden la tesis de la conexión necesaria o conceptual entre derecho y moral, por ende, hay límites morales para el derecho de modo que si lo que se pretende crear como derecho infringe o traspone esos límites, el resultado creativo no será alcanzado.

En tiempos de plena vigencia del Estado de derecho legal (EDL) en el mundo continental europeo, o sea, durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX las posturas teóricas centrales se reducían, por un lado a los positivistas, y, por el otro, a los iusnaturalistas, de modo, que aquellos que enfrentaban a los que defendían que no había más derecho que el puesto y reconocido como tal, eran los iusnaturalistas que esgrimían la existencia de una juridicidad “dada” que el derecho “puesto” debía rati-

* Universidad Católica San Pablo-Perú.

ficar o no infringir, y esa juridicidad era “natural” en tanto podía leerse en la naturaleza humana o en cierto orden natural de las cosas que las inclinaba a procurar ciertos bienes o perfecciones, que en el ámbito humano remitía a la razón y a la libertad. Es cierto que frente a ese iusnaturalismo realista clásico de raigambre aristotélico-tomista, está el otro iusnaturalismo racionalista y deductivista típico de los siglos XVII y XVIII que en definitiva posibilitó el proceso codificador que buscaba convertir en derecho positivo ese derecho que la mera razón había deducido desde ciertos principios, prescindiendo de las limitaciones y exigencias derivadas de tiempo y espacio.

El panorama teórico descripto se complica a partir de la sustitución del Estado de derecho legal por el Estado de derecho constitucional (EDC), es decir, cuando después de la caída del nazismo se condena a sus jerarcas por cumplir la “ley” y violar el “derecho”, y así superándose esa sinonimia se identifica al “derecho” con los derechos humanos cuyo fundamento es la dignidad propia de todo ser humano, y consiguientemente, es titular de los mismos todo miembro de la especie humana. Será la Ley Fundamental de Bonn del 49 la que consagrará positivamente la vigencia de ese “derecho” que es superior a la ley, y cuya violación puede generar responsabilidades jurídicas, no obstante lo que disponga la ley. De ese modo se deja de lado el postulado rousseauiano de la voluntad general infalible, y se instituyen tribunales constitucionales con competencia como para asegurar que impere la prevalencia del derecho sobre la ley.

El Estado de derecho constitucional genera una nueva teoría a la que se ha acordado en llamar “neoconstitucionalista”, siendo el denominador común de esos autores el explicar, avalar y promover al EDC. Esa teoría neoconstitucionalista es plenamente funcional al nuevo paradigma o modelo de “Estado”, “derecho” y “jurista” que implica el EDC, y por ende, promueven una nueva agenda teórica con un aparato conceptual idóneo a los fines de respaldar e impulsar esa nueva realidad, que se irá extendiendo por el continente europeo a lo largo de la segunda mitad del siglo XX y, desde ahí, importándola para nuestro continente latinoamericano.

Los autores neoconstitucionalistas terminan agrupados en torno a dos perspectivas, por un lado, un grupo decididamente mayoritario (Robert Alexy, Ronald Dworkin, Carlos Nino, Gustavo Zagrebelsky, Manuel Atienza, Andrés Ollero, etcétera) que son los neoconstitucionalistas no-positivistas, y por el otro, un muy pequeño grupo (fundamentalmente Luigi Ferrajoli, en algún sentido Luis Prieto Sanchís y algunos otros) que siguen llamándose positivistas aunque comparten la agenda temática im-

puesta por el EDC a la que respaldan no totalmente; pero éstos últimos buscan diferenciarse de los otros neoconstitucionalistas precisamente por su adhesión al positivismo. Puntualmente Ferrajoli se llama a sí mismo “positivista crítico” y sus tesis centrales pueden ser: a) rechazo de la razón práctica, por ende, no cabe la posibilidad de que a la hora de crear o aplicar derecho se argumente o se brinden razones a favor de las opciones escogidas; b) la defensa de los cuatro valores de su “teoría de la justicia” remite a que ellos son “asumidos” pero sin posibilidad que sean justificados racionalmente; c) promoción de un sistema jurídico compuesto de reglas (no de principios) en donde luego sean operadas o aplicadas por medio de silogismos, d) responsabilidad de los juristas como para procurar que el “deber ser” consagrado en la Constitución se convierta en “ser” del derecho vigente, superándose lagunas y antinomias; e) la democracia ha dejado de ser meramente “formal” o “procedimental” y se ha convertido en “sustancial” dado que hay cuestiones ya definidas y que, por ende, están sustraídas de la decisión del pueblo; e) los derechos humanos son conquistas históricas que expresan ciertos valores que —como adelantamos— son asumidos pero no justificados racionalmente, y f) el EDC conlleva un programa de expansión que implica la eficacia de todos los derechos fundamentales, no sólo los de libertad, respecto a los diferentes poderes y ciudadanos, y proyectándolos al plano internacional.

No caben dudas que hay diferencias centrales y sustanciales entre las tesis defendidas por un neoconstitucionalista positivista crítico y el resto de los neoconstitucionalistas no-positivistas, como el mismo Ferrajoli se ha encargado de subrayar, a punto que los ha denunciado a éstos últimos como “iusnaturalistas” o “tendencialmente” iusnaturalistas rechazando vehementemente el auspicio a los “principios” y a la “argumentación”, porque en definitiva ello supone reconocer que es posible con la razón responder preguntas en torno a lo que es bueno o justo; más aún, en ese rechazo el profesor italiano considera que cualquier objetivismo o cognitivismo ético conlleva la defensa de posiciones absolutistas y totalitarias. Es obvio que esa oposición entre los neoconstitucionalistas no-positivistas y los positivistas, se confirma y hasta se acentúa en relación con los iusnaturalistas clásicos, por eso carece de interés la comparación entre esas dos últimas teorías, pero sí resulta interesante la comparación entre neoconstitucionalistas no-positivistas e iusnaturalistas, y como iremos confirmando podemos identificar notables y significativas coincidencias, aunque se detectan diferencias especialmente en el plano de los fundamentos.

II. COINCIDENCIAS

Conforme a lo anticipado pasemos a aludir a las coincidencias entre neoconstitucionalistas no-positivistas (por una cuestión de espacio centraremos la atención en los neoconstitucionalistas más importantes o referenciados: Alexy y Dworkin, aunque incluiremos en algún tema a Nino) y los iusnaturalistas.

1. *No cualquier contenido es derecho*

Ambas posiciones reivindican un concepto del derecho no-positivista en tanto admiten la existencia de un límite moral para el derecho o la presencia en el mismo de exigencias que rigen jurídicamente aunque no hayan sido dispuestas autoritativamente. En el caso de Alexy ello es absolutamente claro y terminante a la luz de la tesis que la “injusticia extrema no es derecho”, por ende, cuando lo que se busca establecer como derecho infringe ese límite moral, no se logrará crear derecho dado que su existencia requiere de dimensión autoritativa y vigencia social, pero también de una cierta calidad ética. Dentro de ese límite moral hay mejor o peor derecho según su mayor o menor corrección o justicia o moralidad, precisamente los “principios” —de los que luego hablaremos— mandan la mejor respuesta posible según las posibilidades fácticas y jurídicas (son “mandatos de optimización”), por eso, ellos son “contenido moral, y forma jurídica” en tanto se hacen presente en aras del mejor derecho. La visión del derecho de Dworkin también es no-positivista en tanto reconoce en el mismo no solo reglas susceptibles del “test de origen” o pedigree, sino “principios” que están en el derecho por su propio contenido (*per se o proprio vigore*) y no porque lo haya dispuesto alguna autoridad, y esos principios dworkinianos son “exigencias de justicia, equidad u otra dimensión de moralidad”. Esa teoría dworkiniana implica un explícito rechazo al positivismo jurídico de Hart con su “regla de reconocimiento” que permitía identificar todas las reglas que se habían establecido autoritativamente como parte del derecho vigente, pues los principios dworkinianos —reiterémoslo apelando a la autoridad de Nino— están en el derecho por su contenido valioso (los derechos individuales) por lo que resulta irrelevante su consagración autoritativa.

Por supuesto que el iusnaturalismo clásico ha defendido un concepto de derecho no positivista, más aún, la fórmula de la “injusticia extrema

no es derecho” la encontramos reconocida en Santo Tomás de Aquino cuando habla metafóricamente de la ley injusta como “corrupta”, además, muy lejos está esa teoría de identificar al derecho sólo con reglas puestas, o sea supuestos fácticos a los que se les imputa una cierta consecuencia jurídica, pues hay derecho concentrado o respuestas jurídicas implícitas en ciertos bienes o principios contenidos en el derecho o lo justo natural que luego la prudencia jurídica proyecta en tiempo y lugar. En definitiva, no cualquier contenido puede ser derecho, y en consecuencia, hay límites morales que cuando son infringidos por el derecho puesto o positivo, él no vale o no existe en y como derecho; dicho lo mismo de otra manera: forma parte del derecho vigente ciertas exigencias, al margen de que las haya o no reconocida como tal la autoridad. Está claro que no cualquier contenido puede ser reconocido como derecho, y a este respecto resulte relevante el carácter analógico del concepto del derecho que le permite a Graneris reconocer en la esfera del derecho vigente una juridicidad decreciente y también juridicidad extrínseca (atiende a la exterioridad que remite a las formas, estructuras y procedimientos jurídicos) e intrínseca (atiende al contenido que resulta exigido para poder reconocer que estamos frente a algo estrictamente jurídico).

2. Rehabilitación de la razón práctica

Una tesis muy importante y decisiva en la que coinciden neoconstitucionalistas no-positivistas e iusnaturalistas es admitir una razón idónea para pronunciarse en el terreno de lo bueno o lo justo, de ese modo ambos se apartan de las perspectivas emotivistas o decisionistas en materia moral o axiológica, por ende, sostienen que es posible apelar a una moral racional desde donde juzgar a las morales subjetivas o sociales en orden a validarlas o descalificarlas racionalmente. Adelantemos que si bien es cierto que aquellas teorías neoconstitucionalistas hablan de razón práctica, precisemos que en el caso de Alexy sus referentes filosóficos son Kant y Habermas; en el caso de Dworkin también aparece Kant aunque sus bases filosóficas no son muy claras, y respecto al realismo jurídico clásico la gnoseología es realista y por ende, a partir del conocimiento sensible es posible abstraer conceptos universales que captan esencias en las cosas.

Más allá de las diferentes explicaciones gnoseológicas (que a la hora de las diferencias volveremos), hay confianza en que las discusiones morales pueden resolverse racionalmente, por eso los neoconstitucionalistas no positivistas y los iusnaturalistas clásicos suscriben la existencia de una

razón práctica, aunque en Alexy esa razón práctica es fuertemente procedimental en tanto se confía en un diálogo regulado por una especie de código de la razón práctica, y en la medida que se respete el mismo, se alcanzarán respuestas verdaderas o correctas. No obstante el claro y originario procedimentalismo alexyano, hay concesiones posteriores a una razón práctica sustancial, como la misma tesis que “la injusticia extrema no es derecho”, a la que asimila con la violación evidente y grave de derechos humanos. Si vamos a Dworkin, sin perjuicio de insistir en su escasa atención a las discusiones estrictamente filosóficas, al menos con las categorías clásicas europeas continentales, pensamos que en el profesor norteamericano hay un predominio por preocupaciones formales como la coherencia, pero también incluye propuestas sustanciales conectadas al respeto de los derechos individuales y a las respuestas correctas descubiertas por la razón de Hércules.

En la gnoseología aristotélica tomista la razón práctica se proyecta en definiciones sustanciales pero también hay exigencias más bien de índole formal o procedimental, y un buen ejemplo de ello puede ser John Finnis cuando avala una razón práctica sustancial idónea para reconocer a los bienes humanos básicos, y también una razón procedimental que se expresa en el método del derecho natural. Otro ejemplo es G. Kalinowski que sin renunciar a la metafísica realista reclamó y desarrolló la presencia de la lógica (incluida la lógica deóntica) en el derecho.

3. *Un derecho con principios*

Ya hemos hablado de que tanto neoconstitucionalistas no-positivistas como los iusnaturalistas no tienen una visión normativista del derecho, sino que incluyen en el mismo a exigencias o respuestas jurídicas contenidas implícitamente en principios, valores, bienes o fines; en realidad la terminología impuesta por los neoconstitucionalistas es la de “principios”, como lo dice explícita y de mil maneras Alexy: “Todas las reglas jurídicas son normas o principios”. Hay que advertir que de las reglas al ser lógicamente “juicios” es posible construir con ellas al aplicarlas estrictos silogismos, pero en cambio, siendo los principios desde un punto de vista lógico meros “conceptos”, a los fines de poder resolver casos desde ellos se requiere definirlos y a partir de esas definiciones formular reglas que operen silogísticamente. Los principios —decía Pound hace muchos años— brindan la posibilidad de razonar con cierta dirección, pero siempre cabe desde ellos derivar más de una respuesta jurídica, e incluso nunca se podrá afirmar que se ha agotado

el contenido de los mismos. El rechazo a un derecho solo compuesto de reglas no solo resulta una ficción, sino que su existencia generaría graves problemas axiológicos a la hora de su operatividad y aplicación. Los principios posibilitan alternativas al jurista en orden a encontrar las “mejores” respuestas disponibles en el derecho vigente, permitiendo que se invaliden aquellas reglas que se oponen de manera grave y evidente a la racionalidad y valiosidad contenida y pretendida en los principios. Esta conclusión es suscrita por neoconstitucionalistas e iusnaturalistas, y conlleva denunciar o criticar a las teorías normativistas que rechazan o le temen a los principios. Si bien los iusnaturalistas siempre han hablado de principios, han sido los neoconstitucionalistas (especialmente Dworkin y Alexy) los que han devuelto a los principios a una nueva “edad de oro” (Prieto Sanchís) particularmente a partir de la década de los setenta.

4. *Argumentación*

El iuspositivismo funcional al EDL conectó la aplicación de las normas a la interpretación jurídica, y a esos fines los métodos interpretativos enseñaban el camino que conducía al sentido que había que desentrañar en aquellas para proyectarlo al caso individual subsumible en el caso genérico. Pero será el libro de R. Alexy *Theorie der juristischen Argumentation* publicado en 1978 el que recuperará en aquel terreno de la aplicación del derecho a la vieja argumentación. La argumentación jurídica alexyana supone no renunciar a la lógica en el marco de la “justificación interna” del razonamiento jurídico aplicativo, aunque centra la atención en la “justificación externa” o sea en la apelación a razones o argumentos que avalen o permitan sostener racionalmente ciertas premisas o enunciados de aquel razonamiento. De ese modo, más que estudiar métodos interpretativos corresponde estudiar argumentos y su peso respectivo. El discurso jurídico —insistirá el profesor de Kiel— es un “caso especial” del discurso moral, por ende, sobre aquél pesan también las exigencias de éste último, sin perjuicio de la restricción que pone la ley, la ciencia jurídica y la jurisprudencia. Más allá de terminologías, el juez y filósofo del derecho Hércules que nos propone Dworkin como ámbito a los fines de encontrar la “única respuesta jurídica correcta” para cada caso, es evidentemente un espacio argumentativo, en el sentido que el “novelista encadenado” debe no solo incorporar su capítulo de manera coherente a la obra del derecho que se viene escribiendo desde hace largo tiempo, sino también debe procurar que los derechos triunfen, especialmente contra el Estado y los objetivos

comunitarios. La “integridad” implicada en la tarea interpretativa dworiniana es un esfuerzo propio de semidioses trasversalmente axiológica, en donde incluso está el compromiso de “mentir” frente a aquellas respuestas erróneas o incoherentes que se han dado en el pasado.

A partir de esa distinción radical entre razón teórica y práctica, el realismo jurídico clásico nunca dudó de la prevención aristotélica que “no se ha de buscar el rigor por igual en todos los razonamientos... tan absurdo sería aprobar a un matemático que empleara la persuasión, como reclamar demostraciones exactas a un retórico”. Es que, como enseñó el Aquinate:

La razón práctica se ocupa de cosas contingentes, que son el ámbito de las acciones humanas, y por eso, aunque se dé necesidad en los principios más generales, cuanto más descendemos a lo particular, tanto más defectos encontramos... respecto de las conclusiones particulares de la razón práctica, la verdad o rectitud ni es idéntica en todos los hombres, ni en aquellos en los que es, es igualmente conocida.

Por eso en ese terreno de lo contingente la razón práctica prudencial requiere apelar a la argumentación, o sea a despejar las dudas por medio de razones que respalden las respuestas. Frente a lo que es evidente no resulta necesario la argumentación, pero ésta se requiere para alcanzar la certeza práctica del juicio que se escoge y se proclama o impera. No es extraño que la escuela de la “nueva retórica” de Perelman a la hora de descubrir las posibilidades que ofrecía Aristóteles y comenzar a hablar de argumentación en la década de los cincuenta, dejará atrás la preocupación por los métodos interpretativos y prestara atención a nómina de argumentos.

5. *Diversidad gnoseológica*

En el marco del EDL y las teorías iuspositivistas que le eran funcionales, solo interesaba hablar de ciencia jurídica o dogmática, resultando sospechosas o rechazables las preocupaciones filosóficas orientadas a problemas inaccesibles empíricamente. Sin embargo, los neoconstitucionalistas no-positivistas recurren en abundancia a la filosofía jurídica, o mejor dicho, a la filosofía práctica en general, abarcativa de la filosofía moral, política y jurídica. Y aquella necesidad de filosofía se explica en función del aparato conceptual que incluyen sus propuestas teóricas, así por ejemplo en el caso de Alexy su tesis del límite moral para el derecho expresado en la fórmula

“la injusticia extrema no es derecho”, o la comprensión de los principios en tanto “contenido moral y forma jurídica”, o el código de la razón práctica con sus 28 reglas de los diálogos racionales, etcétera. En definitiva la teoría discursiva dialógica racional alexyana está alimentada inescindiblemente por las filosofías kantiana y la pragmática habermasiana, sin este soporte resulta ininteligible. Pero además de filosofía, el profesor de Kiel hace gala de un claro dominio de la ciencia del derecho constitucional (recordemos que él es también profesor de derecho público), así por ejemplo: su propuesta de un constitucionalismo moderado, el recurrir al banco de prueba de la jurisprudencia constitucional alemana, o las exigencias implícitas en su modelo de Estado de derecho constitucional y democrático, son algunas expresiones del plano científico que está incorporado a la teoría alexyana. No solo filosofía y ciencia encontramos en Alexy, también en el terreno aplicativo del derecho en donde el jurista debe “ponderar” principios o invalidar normas por su irracionalidad extrema y evidente, se hace presente una dimensión cognoscitiva que no puede asimilarse sin más a los otros dos saberes jurídicos, sino que se inscribe en el terreno circunstanciado de los casos a resolver. Por supuesto que el perfil anglosajón de la teoría dworquiniana la hace más huidiza de un análisis gnoseológico como el llevado a cabo respecto a Alexy, pero de todas maneras es posible identificar el plano iusfilosófico de la misma, expresado en el mismo Hércules que además de juez es filósofo del derecho, también la ciencia constitucional está presente en la teoría de la “integridad” como en su propuesta de lectura moral de la constitución, y finalmente el reclamo para que se “tomen en serio los derechos” está dirigido especialmente a los jueces en tanto responsables finales del mejor derecho.

La diversidad gnoseológica está receptada claramente en el realismo jurídico clásico, y una buena referencia doctrinal puede ser la obra de José M. Martínez Doral *Estructura del saber jurídico*. De ese modo, a la filosofía jurídica se requiere recurrir para responder raigalmente a los problemas: a) ontológico, conceptual o definicional del derecho; b) gnoseológico; características y tipos de saberes jurídicos; c) lógico y lingüístico: qué estructuras lógicas tiene el derecho, como la semiótica jurídica, y d) axiológico: la pregunta por el valor o validez del derecho. Por supuesto que esa enumeración es meramente indicativa o ejemplificativa, y deja a salvo otras variadas propuestas al respecto. El plano del saber aplicativo o prudencial jurídico que es donde desemboca finalmente el saber jurídico, tiene por objeto el determinar e imperar la conducta justa y obligatoria, prohibida o permitida por el derecho vigente. En cuanto a la ciencia jurídica, y más allá de discusiones que se han dado dentro de la escuela, pen-

samos que corresponde reconocerla y asignarle la tarea de describir, interpretar, sistematizar y valorar al derecho vigente históricamente dado.

6. *La importancia de los casos*

El iuspositivismo con su preocupación sistémica se interesó por “casos fáciles” cuyas respuestas estaban contenidas en las normas dadas, y una apertura a la irrepetibilidad y complejidad de los casos era una fuente perturbadora de su esquema cientificista. El neoconstitucionalismo no-positivista se hace cargo de los “casos difíciles” respecto de los cuales corresponde apartarse de las respuestas contenidas en las normas porque resultan claramente irracionales o absurdas axiológicamente, e incluso a la hora de ponderar los principios en búsqueda de las respuestas jurídicas cabe computar —como en la fórmula de Alexy— el peso en concreto de los principios en juego y la seguridad de las premisas fácticas implicadas, orientado el jurista por “la respuesta correcta” como “idea regulativa”. El juez Hércules dworkiniano debe buscar la “única respuesta correcta” que tiene cada caso, y por supuesto que ello exige hacerse cargo de las particularidades de cada caso. En ese conocimiento “verdadero” de los casos y no meramente persuasivo (como advierte un procesalista neoconstitucionalista como M. Taruffo) hay que apelar a saberes no jurídicos y a la teoría de la verdad de la correspondencia, rechazando la decimonónica teoría de las dos verdades y advirtiendo que la “verdad es condición de la justicia”.

La razón práctica prudencial defendida desde siempre por el realismo jurídico clásico, sabe que en ese nivel de lo contingente e irrepetible que es el propio de la prudencia jurídica, se requiere de experiencia, memoria y circunspección entre otras “partes integrales”, pues la prudencia opera como una especie de puente entre las exigencias de alcance general o universal y las particulares impuestas por el caso que se trate. En palabras del mismo Aquinate: “Como el legislador no puede tener en cuenta todos los casos particulares, propone la ley de acuerdo con lo que más frecuentemente sucede, poniendo siempre su intención en la utilidad común. Por ello, si llega un caso en que el cumplimiento de tal ley es perjudicial al bien común, no ha de cumplirse esa ley” (S.T.I-II, q.96, a.6), es que “la verdad o rectitud práctica no es la misma en todos los hombres considerada en concreto, sino sólo en general” (S.T. q.94, a.4), por eso en esos casos se busca la justicia en concreto, o sea la equidad. Un ejemplo también extraído de la palabra del Aquinate es la obligación del depositario de devolver el depósito al depositante cuando lo reclama, sin embargo,

en algunos casos esa obligación puede ceder cuando frente al compromiso asumido aparece un bien claramente superior, y el ejemplo es cuando lo depositado es un arma y el depositante pide su devolución para matar al depositario. Como vemos ésta excepción equitativa no destruye a la obligación general, simplemente la completa o precisa. En el marco de lo recordado, resulta de interés traer a colación el punto de vista privilegiado por Finnis en su teoría que es la perspectiva del “spoudaios” en tanto “los intereses y la comprensión del hombre maduro y razonable proporcionan una mejor base empírica para la explicación reflexiva de los asuntos humanos” (*Ley natural y derechos naturales*, p. 49).

7. *Sistemas jurídicos débiles*

Como lo había advertido Kelsen, la presencia de “principios” en el sistema jurídico es un factor perturbador del mismo en orden a establecer claramente su contenido normativo, su coherencia y su jerarquía. Por ello, los neoconstitucionalistas no-positivistas desde el momento que proclaman —como Alexy— principios y sus exigencias morales de “lo mejor posible”, deben renunciar a reconstrucciones del derecho vigente como un “sistema fuerte” al modo que lo propuso la teoría pura con su famosa pirámide jurídica normativa. En definitiva los sistemas jurídicos compatibles con los planteos neoconstitucionalista deben ser “débiles”, “abiertos”, “dinámicos” y “problemáticos”, más aún, en sus propuestas no solo aparece debilitada la importancia del sistema sino que él es puesto a prueba en cada caso, y así más que obsesionarse por identificar el lugar que tiene cada regla dentro del derecho vigente, la pretensión es encontrar criterios ordenadores de normas y principios, un buen ejemplo de ello puede ser la fórmula del “bloque de constitucionalidad”. Específicamente en Alexy encontramos una propuesta de sistema que ha llamado “modelo procedimental en cuatro niveles” (vierstufiges prozedurales Modell) respecto del cual afirma: “El armazón de mis consideraciones sobre el sistema de derecho como un sistema de procedimientos está constituido por un modelo procedimental de cuatro niveles”, a saber: 1) el procedimiento del discurso práctico general; 2) el procedimiento de creación estatal del derecho; 3) el procedimiento del discurso jurídico, y 4) el procedimiento del discurso judicial. La propuesta de sistema jurídico que podemos llegar a leer en Dworkin remite a los casos, y se encuentra abierto a materiales morales y políticos, es que Hércules tiene que encontrar la respuesta correcta a partir de una mirada omnicompreensiva y coherentista en la que prevalezcan

los principios. Es cierto que Alexy acusa a Dworkin de que su tesis de la “única respuesta correcta” (frente a la respuesta correcta como “idea regulativa” del profesor de Kiel) conlleva implícitamente una jerarquía estricta entre principios, pero de todas maneras esa jerarquía no está formulada apriorística y explícitamente, sino que es Hércules el que la va poniendo de manifiesto y ajustándola en cada caso.

En el realismo jurídico clásico nunca se promovió un sistema en donde el jurista encontraría todas las respuestas jurídicas contenidas en las normas autoritativamente establecidas y ordenadas en estricta jerarquía y armonía. Es que esa pretensión remitía a perspectivas ficticias o idealistas despreocupadas por soluciones valiosas para cada caso, incluso ese rechazo llega a ser extremos en autores como Villey. De todas maneras, nos parece que es razonable y beneficioso el esfuerzo por identificar criterios que posibiliten un cierto ordenamiento del material jurídico disponible en el derecho vigente, por supuesto, sin cercenamientos del mismo según las exigencias sistémicas, ni tampoco sacrificar el dinamismo creativo, axiológico y realista a la medida de los nuevos casos. Tampoco caben lecturas sesgadas que ignoren la pluralidad y competencia entre los sistemas jurídicos que conviven en un mismo territorio y para los mismos destinatarios. Más allá de avalar desde la escuela la referida y modesta preocupación ordenadora, consignemos que autores como G. Kalinowski han trabajado lógica y sistémicamente al derecho, sin renunciar al fundamento metafísico.

8. *Judicialización*

El EDC importa una cierta judicialización del derecho, especialmente a partir de asignarle a los jueces el control de constitucionalidad sobre todas las normas jurídicas, incluidas la ley y hasta la misma Constitución. Para saber cuál es el derecho vigente se requiere de la jurisprudencia que va validando, corrigiendo y enriqueciendo al mismo. La distinción entre creación e interpretación-aplicación, se diluye en tanto los casos van suscitando nuevas o ajustadas respuestas jurídicas, algunas de éstas inferidas o explicitadas a partir del “derecho concentrado” o en potencia contenido en los principios. El derecho ya no está solo contenido en la ley, ni tampoco ésta es fruto de una “voluntad general” infalible, y el delito de prevaricato se reformula —como en el Código Penal español— en dictar sentencia injusta a sabiendas.

La teoría alexyana de la ponderación de principios está encomendada en última instancia a los jueces, quienes cuentan con la responsabilidad

de declarar inexistente al derecho que supere el umbral de la injusticia extrema, como también que se respete el “orden marco” de la Constitución y se lo opere con la advertencia de lagunas, soluciones contradictorias u oscuras lingüísticamente. En la teoría dworkiniana pesa igualmente sobre los jueces el esfuerzo por lograr que se tomen en serio los derechos individuales, apelando para ello a argumentos de principios, teniendo presente los riesgos que conllevan para los mismos los objetivos comunitarios invocados por el Poder Legislativo.

Desde el realismo jurídico clásico sostenemos que el analogado principal del derecho está en las conductas justas, por ende, el fin del saber jurídico es conseguir el triunfo de la justicia o el bien común, y a esos efectos la tarea judicial es insustituible y necesaria. La metáfora de Aristóteles al hablar de los jueces como “justicia viviente o encarnada” es elocuente, pues los ciudadanos recurren a ellos para conseguirla. Está en manos de los jueces el respeto a la equidad como justicia del caso y excepción a la regla general consagrada en la ley.

9. Crisis de las soberanías nacionales

La soberanía de los Estados nacionales fue una pieza importante y facilitadora del derecho tal cual lo enseñó el EDL. Desde las Constituciones nacionales se iban derivando las normas que formaban parte de ese sistema jurídico. Esa asimilación entre Estado y orden jurídico normativo coactivo es visible en Kelsen. Sin embargo, el EDC ha ido acentuando un debilitamiento de aquellas soberanías, de modo que muy lejos ha quedado la idea de Bodino identificándola con la potestas absoluta y perpetua. Hoy la última palabra de los derechos nacionales no ha quedado en manos de las respectivas cortes supremas, sino que hay tribunales supranacionales que asumen esas definiciones. Es que apelar a conexiones conceptuales, esenciales y necesarias entre derecho y moral implica la necesidad de controlar toda juridicidad, incluida la de la Constitución, en orden a establecer su validez o invalidez. Si los derechos humanos son reconocidos y no creados, pero además con validez universal y vigencia inalienable, se colige que ya el poder jurígeno de los Estados encuentra límites infranqueables, bajo la sanción de efectivizarse responsabilidad jurídica en aquellos que crean o aplican un derecho inválido o violatorio de aquellos.

Por supuesto que la defensa alexyana de la fórmula de Radbruch de “la injusticia extrema no es derecho”, es un aval a las restricciones de los poderes soberanos estatales a la hora de crear derecho. Sin perjuicio del

tono anglosajón de la teoría dworkiniana, y por ende, escasamente receptivo a derechos y tribunales supranacionales, su tesis no positivista de los “derechos en serio” no puede sino conllevar una cierta restricción o control sobre el ejercicio soberano de los Estados.

Es claramente incompatible con el realismo jurídico clásico la presencia de poderes absolutos, y toda la elaboración en torno al *ius gentium* o *ius cogens* (derecho natural secundario) viene en respaldo de una competencia jurígena limitada por parte de los Estados nacionales. La norma jurídica como “ordenación de la razón” en la tradicional definición del Aquinate, excluye cualquier pretensión de voluntades ilimitadas o infalibles.

10. *Diversidad y ampliación de las fuentes del derecho*

La teoría de las fuentes del derecho heredada del EDL y consagrada en los libros primeros de los códigos civiles tenía como características centrales: a) estatista: requería la aprobación del Estado; b) nómina mínima: las fuentes eran dos o tres, básicamente la ley, la costumbre y la jurisprudencia con algunas restricciones; c) nómina exhaustiva; d) jerárquica: estaba clara la prevalencia de la ley, y ello se manifestaba cuando se precisaba que la costumbre interpretativa y supletoria de la ley eran las reconocidas como fuentes, pero no la contraria a la misma; e) escritas: se asociaba el derecho a textos que se publicaban en el Boletín Oficial, y f) general: conforme a la visión racionalista y decimonónica de la ley no había fuentes en normas individuales. En el marco del EDC la teoría de las fuentes del derecho que le resulta funcional contradice cada una de las seis características señaladas: a) hay derecho en los derechos vigentes nacionales aunque el respectivo Estado no lo haya aprobado o ratificado; b) *ius cogens*, *lex mercatoria*, jurisprudencia supranacional, normas creadas por el Poder Administrador, derecho comunitario o supranacional, convenios colectivos de trabajo, reglamentos de empresa, derechos humanos implícitos, etcétera, son solo algunos ejemplos de la amplia variedad de lugares adonde los juristas van a buscar las respuestas jurídicas; c) la mera referencia a los principios o derechos humanos sirve para poner de relieve que la nómina que se puede confeccionar siempre será enunciativa; d) la jerarquía no puede determinarse rígida y apriorísticamente sin considerar los casos; e) la literalidad no sólo poco aporta cuando hablamos de derechos humanos o principios dado que lo decisivo son las definiciones de los mismos, sino que fuentes relevantes como el *ius cogens* o los diferentes derechos consuetudinarios no

están escritos, y f) las fuentes son lugares adonde está el derecho y, por ende, no es decisivo su carácter general o universal.

Por supuesto que el señalamiento de la teoría de las fuentes del derecho funcional al EDC encuentra respaldo —más allá de matices— tanto en autores neoconstitucionalistas como en iusnaturalistas. La sola referencia a los derechos humanos en tanto principios, pone en crisis aquel reductivismo de la decimonónica visión de las fuentes del derecho.

11. *Desobediencia y objeción de conciencia*

Leemos en Alexy:

La moral puede estar vinculada con el derecho positivo, en primer lugar, a través de la inclusión de principios y argumentos morales en el derecho; en segundo lugar, por medio que el contenido posible del derecho sea delimitado por la moral; y, en tercer lugar, porque la moral fundamente un deber de obediencia al derecho. En consecuencia, pueden distinguirse tres problemas de la relación entre derecho y moral: el problema de la inclusión, el problema del límite y el problema de la fundamentación (*La institucionalización de la justicia*, p. 20).

Esa tercera relación asume un tono dramático frente al derecho extremadamente injusto, por eso aclara el profesor de Kiel: "Sólo los que conceden prioridad absoluta al valor moral de la seguridad jurídica no podrán admitir nunca que el deber moral general de obediencia al derecho pueda retroceder por razones morales", y precisamente desde Alexy solo cabe concluir que frente al derecho extremadamente injusto no cabe el deber moral de obediencia al derecho. El análisis de Carlos Nino sobre la obligación de obedecer el derecho parte de la tesis que el sistema jurídico —con las autoridades y sanciones que le son inherentes— se justifica en tanto él es un medio necesario para preservar y promover derechos humanos" (*Ética y derechos humanos*, Paidós, Buenos Aires, 1984, p. 244), y prestando atención a los casos de un derecho democrático distingue entre la situación del juez (u otro funcionario) y la del súbdito, para luego considerar la posición moral de un juez frente a un súbdito que se ha considerado moralmente facultado a desobedecer el derecho. Más allá de las sutiles distinciones que efectúa el profesor argentino, lo que interesa destacar es que no suscribe ninguna obligación absoluta de obedecer al derecho y reconoce tanto la "objeción de conciencia" (opera cuando un individuo cree que una obliga-

ción jurídica está en conflicto con sus principios morales o religiosos) como la “desobediencia civil” (consiste en la inobservancia de normas jurídicas que se consideran injustas con el propósito de modificarlas).

Pasando a autores iusnaturalistas clásicos que no dudan en respaldar a los derechos humanos, recordemos que en Finnis el significado focal de autoridad queda vinculado —en terminología tomada de Raz— a “razón excluyente”, por eso leemos:

En cualquier caso, la autoridad carece de utilidad para el bien común a menos que las disposiciones de los que poseen la autoridad (o las que surgen de la formación de reglas autoritativas consuetudinarias) sean tratadas como razones excluyentes, *i.e.* como razones suficientes para actuar a pesar de que el súbdito no habría adoptado la misma disposición y aunque en realidad considere que la disposición existente es en algún aspecto (o en algunos aspectos) irrazonable, no plenamente conveniente para el bien común (*Ley Natural...*, *o cit.*, p. 380).

Así también el profesor de Oxford reconoce la obligación moral *prima facie* de obedecer al derecho (*ibidem*, p. 370) y que las reglas jurídicas gozan de “fuerza excluyente” (*ibidem*), ésta última afirmación la avala con ejemplos tomados de Tomás de Aquino, aunque con la advertencia que San Buenaventura no coincidía en respaldar la propuesta de que un juez debe respetar el derecho aun cuando sabe que es inocente aquél que ha sido condenado por pruebas jurídicamente inadmisibles. Coherente con esas tesis, Finnis entiende que la proposición “la ley que es defectuosa en su racionalidad es ley sólo en un sentido diluido” no se ofrece “como aplicable inmediatamente en un tribunal de justicia (o en otro contexto intrasistemático)” (*ibidem*, p. 321). De todo el marco teórico señalado el profesor de Oxford concluye que “la objeción de conciencia no es un principio o fundamento generalmente válido para eximirse de la ley” (*ibidem*, p. 317).

Más allá de la opinión de Finnis, estimamos que un complemento ineludible del análisis de la ley injusta es el derecho a la objeción de conciencia que cubre cierto incumplimiento de la norma jurídica en función de razones morales que puede invocar su destinatario. Ese derecho cubre los reparos razonables del ciudadano o funcionario frente a la violencia moral que le provoca la prescripción en cuestión, y así el derecho como institución se pone al servicio de un auténtico bien común que no tolera sustancializar fines que fagociten al bien de las personas de carne y hueso. Para el iusnaturalismo clásico no puede haber dudas del valor racional o moral —también específicamente jurídico— que corresponde

asignarle a la conciencia de aquél que debe obedecer a la ley (*Cfr.* Jorge Guillermo Portela, *La justificación iusnaturalista de la desobediencia civil y de la objeción de conciencia*, Buenos Aires, Educa, 2005), y una manifestación de ese respeto al destinatario por sobre ficciones impuestas por el iuspositivismo legalista, puede ser que ya Tomás de Aquino justificaba a aquél que incumplía la ley por ignorancia, no culpable dado que la ignorancia convertía al acto en involuntario (Santo Tomás de Aquino, “*Quodlibetum*” 1,9,3) y también se exime de pena cuando la involuntariedad es total o se disminuye la pena cuando hay una voluntariedad disminuida por flaqueza o pasión (S.T.I-II, 105,2). Es que si la ley es dictamen de la razón práctica, no parece posible aceptar un cumplimiento dogmático e indiscriminado de todos los destinatarios, incluidos a aquellos que sin poner en riesgo la subsistencia de la sociedad y el derecho, pueden aducir razones morales personales que justifican su pretensión de no cumplirla. De nuestra parte no dudamos en brindarle amplia cobertura al derecho de objeción de conciencia que en definitiva responde a una perspectiva del derecho plenamente al servicio de cada hombre o ciudadano.

12. *Ética del juzgador*

En el EDL resultaba irrelevante la ética del juzgador dado que se confiaba en que él sería un “ser inanimado” y “boca de la ley” —según la repetida caracterización montesquieuana—. Pero en tiempos del EDC donde frente al mismo caso habitualmente los juristas pueden encontrar variadas y hasta contradictorias respuestas, es muy importante la conciencia ética del que va a elegir, a punto que el derecho tolerará que gane una de las partes o la otra. No es muy clara la referencia a la ética del juzgador en autores como Alexy, sin embargo, en la teoría dialógica habermasiana y en el código de la razón práctica propuesto por el profesor de Kiel, aparecen exigencias para los que dialogan que en última instancia remiten a la conciencia ética, así es la pretensión de veracidad o sinceridad en tanto ellos deben afirmar aquello en lo que creen que es correcto. Menos claro aún aparece en la teoría jurídica dworkiniana esa ética del juzgador, incluso recordemos que el “novelista encadenado” tiene el deber de mentir u ocultar aquellos errores que detecten en los capítulos anteriores de esa novela que metafóricamente se equipara al derecho, de todas maneras el esforzado trabajo bajo la integridad del juez Hércules a los fines de llevarse a cabo con éxito, requerirá esa intención de obtener la “única respuesta correcta”.

Por el lado del realismo jurídico clásico, no hay dudas de la relevancia que tiene la conciencia ética del juzgador, más aún, la verdad práctica requiere de un apetito recto y en el ámbito de la ética la presencia de hábitos buenos o virtudes. Conocida es la observación aristotélica que los jóvenes pueden ser brillantes en matemática, pero es difícil que lo sean en prudencia, lo que explica el Aquinate en razón de “que la prudencia versa sobre los singulares, que nos son conocidos por experiencia. Ahora bien el joven no puede ser experto, porque para la experiencia ser requiere mucho tiempo” (In VI Ethicorum”, lect.7, n, 1208), y en clave rigurosamente tomista Ramírez concluye: “la ciencia puramente especulativa, como las matemáticas, no vale nada para la práctica de la virtud; la ciencia moral vale algo, o mejor vale mucho para vivir honestamente, porque traza las grandes líneas del bien vivir; pero la prudencia lo vale todo, porque orienta y ordena eficazmente toda la vida moral” (*La prudencia*, p. 80). Aquí recordemos la perspectiva del *spoudaios* o pronimos utilizada por Finnis en orden a identificar el mejor punto de vista jurídico, en tanto se trata del sabio del buen vivir, o sea aquel que tiene incorporada esa “segunda naturaleza” que suponen las virtudes cardinales.

13. *No juridicismo*

Es una tesis inequívocamente defendida por neoconstitucionalistas no-positivistas como iusnaturalistas la superación del juridicismo, es decir, aquella visión típicamente iuspositivista que pretendía conocer derecho sin consideraciones ni a lo moral, ni a lo político. Tanto en Alexy, como Dworkin, Nino o Finnis la filosofía y razón jurídica es en realidad filosofía y razón práctica en tanto son inescindibles las relaciones entre derecho con la moral y la política. En el profesor de Kiel el diálogo racional reclama su institucionalización en el derecho y un Estado constitucional democrático, el discurso jurídico es un caso especial del discurso moral y la filosofía del derecho conserva relaciones necesarias con la filosofía moral y política. El juez Hércules propuesto por Dworkin en aras de la “única respuesta correcta” trabaja no solo con material jurídico sino también moral y político. Ha sido Nino uno de los más importantes críticos de aquel “insularismo” jurídico criticando explícitamente los unidimensionalismos de los modelos epistemológicos de Kelsen, Ross, Bulygin y Alchourrón y brindando una comprensión amplia de las relaciones entre el derecho, la moral y la política en su libro póstumo. En Finnis explícitamente se reconoce que las distinciones en el ámbito de la filosofía práctica entre derecho, moral

y política responde principalmente a razones pedagógicas. En definitiva, no se trata de negar la especificidad del derecho sino de afirmar —con los autores aludidos— sus conexiones con la moral (nociones como justicia, correcto, bienes o validez operan en el derecho pero requieren de un discernimiento necesariamente ético o moral) y la política (la referencia al Estado y sus poderes, a los derechos humanos o al bien común remiten a la política).

III. DIFERENCIAS

Hemos reseñado precedentemente y de manera más o menos elemental y evitando los matices, las grandes coincidencias —especialmente en el terreno de la teoría jurídica— entre los neoconstitucionalistas no-positivistas y los iusnaturalistas clásicos, pero corresponde ahora subrayar las diferencias que en buena medida aparecen en el terreno filosófico de las fundamentaciones. Es que como ya se destacó, la filosofía que nutre a unos y a otros es diferente, pues en un caso está presente Kant y en el otro la filosofía aristotélica-tomista, de ahí que lo señalado a continuación tiene en cuenta esas dos perspectivas centrales, con la ventaja de apreciar la solidez y coherencias de las tesis jurídicas reseñadas. De todas maneras corresponde poner de relieve que la adhesión a Kant en los neoconstitucionalistas no-positivistas no es ortodoxa sino sujeta a una serie de modificaciones o adaptaciones, sin embargo, nos parece que la matriz desde la cual se proponen las teorías jurídicas es hija de aquel idealismo crítico. Además de ésta razón, pensamos que resulta pedagógicamente interesante alertar —tras las enseñanzas de Gilson— a los que se inician en la teoría jurídica que una de las primeras alternativas que deben asumir es entre el realismo y el idealismo, en el sentido que al exponer el derecho lo harán hablando de las cosas o hablando de alguna construcción que han hecho.

1. *Antropología*

La importancia para todas las demás preguntas filosóficas sobre ¿qué es el hombre?, está receptada tanto en Kant como en el pensamiento clásico, pero las respuestas y los acentos son diferentes. La alternativa pareciera ser entre optar por el camino señalado por Kant en defensa de la autonomía individual, o el camino de identificar una esencia constitutiva de todo

miembro de la especie *homo sapiens*. El peligro de la primera opción lo advierte el mismo Nino, aunque no acierta a nuestro criterio en su solución:

El concepto de hombre sobre la base de propiedades que se presentan prima facie como moralmente relevantes —tales como las propiedades de racionalidad y la capacidad de proponerse fines que toma en cuenta Kant— pero en ese caso se llega a la conclusión chocante de que hay hombres que lo son en menor grado que otros, puesto que aquellas propiedades son típicamente de índole gradual (*Ética y derechos humanos*, p. 44).

Para eludir esta consecuencia de que debemos establecer quién es más persona que otra, con el riesgo de que aquellas prevalezcan sobre las restantes o que algunos terminen siendo exclusivamente medios al servicio total de otros, queda el camino de no distinguir entre ser humano y persona con dignidad, o sea optar por un “personalismo ontológico” que “interpreta que lo biológico humano y lo personal, son inseparables”(V.Possenti “Sobre el estatuto ontológico del embrión humano”, en C. I. Massini y P. Serna (eds.), *El derecho a la vida*, Barcelona, EUNSA, 1998, p. 141). Robert Spaemann alerta sobre los riesgos de definir a la persona más allá del dato biológico en tanto supone encomendar a alguien para que establezca el círculo de los que merecerán dignidad y los que quedan afuera, por eso su coherente conclusión es que en clave iuspositivista los derechos humanos son meros “edictos de tolerancia revocables”(“Sobre el concepto de una naturaleza del hombre”, *Lo natural y lo racional*, Madrid, Rialp, 1989). Reconocer que cada miembro de la especie humana es persona no se limita a un mero reconocimiento, sino que tiene significativas consecuencias con relación al respeto que ella merece y los derechos que le asisten. Cada persona no es “algo” sino “alguien” (Spaemann) al margen de los bienes externos que posea, de su inteligencia, salud o de lo que haya resultado como fruto del ejercicio de la libertad.

Alexy no duda de sostener que sin “metafísica no hay derechos humanos” (“¿Derechos humanos sin metafísica?”, *Ideas y Derecho*, *Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del derecho*, Buenos Aires, 2008), pero en consonancia con enseñanzas kantianas y habermasianas termina explicitando una metafísica constructiva racional y universal que recupera el tercer mundo de objetos propuesto por Frege en donde finalmente el hombre queda identificado a competencia para afirmar, interroga argumenta. Rota la sinonimia entre miembro de especie humana y persona titular de todos los derechos, se abre el problema apuntado por Nino de más o menos persona humana, y la posibilidad de que pierdan ese estatus

los que carezcan de capacidad comunicativa o cualquier otro atributo no esencial que puede darse en mayor o menor medida, por eso el realismo no duda en afirmar la sinonimia y así el reconocimiento de la dignidad propia u ontológica de todo individuo humano. No solo los vigentes tratados de derechos humanos están redactados en clave iusnaturalistas — como lo ha analizado Hervada —, sino que el camino de separar la titularidad de aquellos al dato biológico constitutivo de cualquier individuo *homo sapiens*, supone el riesgo que los más débiles o marginados (ancianos, enfermos, discapacitados, analfabetos, indigentes, etcétera) queden sin la posibilidad de reclamar la eficacia en beneficio de los derechos humanos.

2. *La gnoseología*

Sabido es que la filosofía en Kant es centralmente gnoseología “crítica” donde su método trascendental se abocará a reflexionar sobre las condiciones subjetivas del conocimiento de los objetos y la consiguiente estructuración de los mismos. Ello implicará —confió Kant— una revolución copernicana en la filosofía en tanto ya no será el pensamiento el que sea regulado o gire en torno a las cosas, sino que serán éstas las que sean regidas o giren en torno al pensamiento. El propósito del “idealismo crítico” es sintetizar al racionalismo apriorístico de Wolff con el empirismo radical de Hume, y así afirmará que el conocimiento empieza en la experiencia o los sentidos en tanto suministra la materia del mismo por impresiones caóticas y subjetivas que requieren ser ordenadas por las “formas a priori de la sensibilidad”: espacio y tiempo que proporciona el sujeto cognoscente, de las que surgirán los “fenómenos”, y finalmente también el sujeto proporciona las “formas a priori del entendimiento” o categorías del pensar que posibilitará los “objetos fenoménicos”. Además de esas formas a priori de la “sensibilidad” y el “entendimiento”, está en el sujeto también la tercer facultad de la “razón” que cuenta con tres ideas poseídas a priori: mundo, alma o yo y Dios, que operan como puntos de unificación de los objetos fenómenos. En definitiva, la realidad o las cosas en sí son propiamente incognoscibles porque lo que el sujeto conoce es construido por él mismo a instancia de aquellas formas a priori que posibilitan la universalidad y necesidad operando sobre la materia sensible singular y contingente. La verdad en Kant ya “no es conformidad del juicio con la cosa en sí, sino conformidad del mismo con las leyes subjetivas que rigen la elaboración de los fenómenos. De este modo, la trascendencia queda desplazada por

la inmanencia, y Kant ha inaugurado el principio de la inmanencia de la filosofía moderna” (T. Urdanoz, *Historia de la Filosofía*, t. IV, p. 73).

El realismo clásico sostiene la doble tesis —precisa Millán Puelles— de que hay cosas independientes de nuestro pensar y de nuestro querer, y que conocemos algo de esas cosas, rechazándose que conocemos todo. Siguiendo a Gilson, agreguemos que decir que todo conocimiento es la captación de la cosa tal como ésta es, no significa que el entendimiento capte infaliblemente la cosa como ésta es, sino que únicamente cuando lo hace existe el conocimiento. En el realismo es el ser la condición del conocer, y no como el idealismo en donde el conocer es la condición del ser, por eso para el realismo lo decisivo no es el método que construyo, sino son las cosas o la realidad, dado que trata de decir lo que ella son y no son. La verdad (lógica) en el realismo está en nuestra inteligencia en tanto ella se adecua a las cosas conocidas, a partir de la evidencia de la existencia del mundo material, nuestra inteligencia puede abstraer lo universal y necesario que está en ella a partir de las imágenes sensibles formadas en nuestros sentidos internos después de las sensaciones. El conocimiento es “intencional” (in tendere=tender hacia) en tanto remite a un objeto del que la inteligencia abstrae conceptos y afirma o niega en relación con la realidad, por eso la fórmula de Aquino que asimila el conocimiento como un “hacerse (el cognoscente) lo otro en cuanto otro”.

Es evidente que si optamos por el camino kantiano donde las cosas no las podemos conocer como ellas son sino que resultan construidas en la inmanencia del sujeto a instancia de las formas *a priori* que el mismo provee, el riesgo es apartarnos de la realidad y “pensarla” (más que conocerla) contrafácticamente. Ese riesgo nos parece que se hace visible cuando para reconocer el derecho Alexy escoge la vía de actos de afirmación con pretensiones de corrección que terminan generando diálogos a los que el derecho va a cubrir y resolver debilidades o deficiencias de los mismos, así concluye el profesor de Kiel: “El carácter ideal de la teoría del discurso conduce a la necesidad de su inclusión en una teoría del Estado y del Derecho” (*Teoría del discurso y derechos humanos*, Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 53) o “El discurso necesita del derecho para alcanzar la realidad y el derecho necesita del discurso para lograr legitimidad” (“La institucionalización de la razón”, *Persona y Derecho*, vol. 43, 2000, p. 237). Pero en clave alexyana esos diálogos plenamente racionales no se dan en la realidad sino que sirven para juzgar u orientarlos, por ende, el jurista debe resignarse a ese contraste entre realidad e ideal contrafáctico. También puede ser visible esa ausencia de realismo y riesgo de ficciones, en la propuesta dworkiniana del juez “semidios” de Hércules.

El camino del realismo no solo remite a la experiencia acumulada de la humanidad, sino que confía en conocer cosas que a cada uno corresponden y que los otros deben respetar o dar a través de sus conductas, y precisamente el derecho o lo justo debe ser prescrito prudencialmente para que nadie pierda lo que le corresponde y se logre la paz que suscita la justicia. Apelando a los cuatro órdenes de la realidad aristotélicos, digamos que el derecho no es una realidad para ser contemplada como el orden teórico, tampoco es orden técnico o productivo orientado a obtener lo más útil, ni un orden lógico controlado por la razón teórica, sino es orden práctico que tiene por objeto lo justo o sea lo debido al otro, de manera que ajustemos o igualemos nuestras conductas a los títulos del otro, más allá de que eso que le corresponde al acreedor o titular, se le haya conferido por su mera condición de persona humana o por acuerdos o decisiones autoritativas. El derecho en términos metafísicos propios del realismo clásico, no es una realidad sustancial —como el hombre— sino accidental o de orden, o sea basada en el modo en que se encuentran relacionados diferentes elementos que componen un todo.

3. *El concepto de derecho*

Jesús Ballesteros estima que “el pensar unívoco y exacto y la exclusión de la analogía serán responsables a partir de entonces y a lo largo de la Modernidad de escisiones y desgarramientos insuperables para la persona y el mundo” (*Posmodernidad: decadencia o resistencia*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 23). Es que una de las claves para entender el pensamiento clásico consiste en el reconocimiento de la analogía del ser o la realidad, la que lógicamente es analogía del concepto y del término. Es decir, frente a la pretensión de equivocidad o unicidad, existe la riqueza de aquellas cosas que son análogas en tanto no son ni totalmente idénticas ni totalmente diferentes. La filosofía clásica distinguió entre analogía de proporcionalidad y analogía de atribución. La primera se verifica cuando el término es atribuido a varios entes o sujetos por realizarse en cada uno de ellos —aunque de manera diferente— una relación semejante, constituyendo entre sí una proporción, así por ejemplo cuando se habla de la “vida” que se atribuye a un árbol, a un animal, a una ameba o al hombre. La analogía de atribución refiere cuando un término lo atribuimos a varios entes o sujetos a causa de sus diversas relaciones con otro llamado primer analogado, conviniéndole propia e intrínsecamente a esta realidad aquél término análogo; como por ejemplo el término “sano” que se aplica a ausencia de enfermedad en

tanto analogado principal pero como analogados secundarios al remedio, al alimento, etcétera.

El reconocimiento de la analogía en el derecho significa que hay distintas realidades que lo integran pero que no a todas les corresponde por igual ese término derecho, sino que hay alguna realidad que se constituye en el primer analogado en tanto a ella conviene propia e intrínsecamente el nombre derecho, y a las otras realidades secundarias o derivadas por su relación con aquella primera. Aparece aquí dentro de la escuela del realismo jurídico clásico la discusión sobre cuál es el analogado principal, y así están los que lo identifican con la conducta (Kalinowski, Graneris, Olgiati, etcétera); otros han señalado que el derecho es relación (Lachance, Gredt, Delos, etcétera); Urdanoz —con reminiscencia suareziana— ha insistido que el derecho en sentido propio es el derecho subjetivo; Finnis prefiere asimilar derecho focalmente con reglas, y Villey reconoce como definición primaria u originaria del derecho a la justa proporción de los bienes que se reparten entre los miembros de una sociedad, y como definición derivada al arte, profesión o arte que define lo suyo de cada uno. La analogía en el derecho también significa que el derecho puede darse en la realidad con distinto nivel de perfección o acabamiento, o sea realidades “simpliciter” que expresan de una manera plena aquello de lo queremos hablar, mientras que hay otras realidades que lo expresan de una manera deficiente o incompleta, o sea “secundum quid”. Es la analogía del derecho lo que le permite a Graneris hablar que en la esfera del derecho vigente es posible reconocer una juridicidad decreciente y también una juridicidad extrínseca (atiende a la exterioridad que remite a las formas, estructuras o procedimientos jurídicos) e intrínseca (atiende al contenido que resulta exigido para poder reconocer que estamos frente algo estrictamente jurídico).

Nino al intentar definir el derecho se encarga de advertir que la palabra “derecho” es “ambigua”, “vaga” y con “carga emotiva”, y luego de rechazar un camino “realista”, opta por un camino de “análisis filosófico” en el que “la caracterización del concepto del derecho se desplazará de la obscura y vana búsqueda de la naturaleza o esencia del derecho a la investigación sobre los criterios vigentes en el uso común para usar la palabra «derecho»” (*Introducción al análisis del derecho*, p. 13). Alexy luego de definir a la filosofía como “razonamiento acerca del razonamiento” (p. 35), se aboca a esclarecer las propiedades necesarias del derecho —que equivale a la pregunta por la naturaleza del derecho— precisando: “mediante el concepto de necesidad (y sus afines: los de lo analítico y lo *a priori*)” se alcanza lo específico o esencial del derecho, y por ese camino

el profesor de Kiel concluye que “la propiedad singular más esencial del derecho es su naturaleza dual. Esta tesis de la naturaleza dual del derecho presupone que existen propiedades necesarias del derecho que pertenecen a su dimensión fáctica o real, así como propiedades necesarias que pertenecen a su dimensión ideal o crítica” (*El concepto y la naturaleza del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 89). Recordemos que en Alexy —citando a Kant— los conceptos “son convenciones adecuadas adecuadas a su objeto” (*ibidem*, p. 88) que “están intrínsecamente relacionados con la corrección o la verdad de las proposiciones construidas por medio de ellos” (*ibidem*, p. 88).

El recurso a conceptos explícitamente análogos que supongan reconocer grados de juridicidad es propio del realismo jurídico clásico, y en general las otras teorías se proponen establecer conceptos unívocos que nos permitan distinguir entre lo que es y no es derecho. De todas maneras, en una lectura implícita es probable que aparezcan esas realidades que son jurídicas en un sentido débil o derivado, y un buen ejemplo de ello puede ser cuando Alexy alude a una “visión restrictiva” y una “visión comprensiva” de lo que es derecho (*ibidem*, p. 96), o también Nino cuando propone “el reconocimiento de una pluralidad de conceptos de derecho” (*La validez del derecho*, p. 191).

4. Fundamentos de la moral

En Kant la razón práctica es la razón pura que “para pensarse a sí misma como práctica” prescinde de los influjos de la sensibilidad y se eleva al mundo inteligible “como causa racional y activa por razón, esto es, libremente eficiente” y ese obrar de la voluntad libre es el obrar moral sustraído de causas empíricas en el que la voluntad se determina a obrar libremente bajo el imperativo de una ley impuesta *a priori* por la razón práctica, aunque la razón práctica se extiende del campo moral en sentido estricto al jurídico y al estatal (T. Urdanoz, *Historia de la Filosofía*, t. IV, p. 75). El fundamento de la moral kantiana es el “hecho moral” que se manifiesta en que la razón pura puede ser práctica, es decir, puede determinar por sí misma la voluntad, independientemente de todo lo empírico —y esto lo manifiesta por un hecho... es a saber, la autonomía, en el principio de la moralidad, por donde ella determina la voluntad al acto” (*ibidem*, p. 77). La ley moral se manifiesta en la conciencia del deber por el que se torna necesaria una acción por respeto a la ley y aún en contra de las inclinaciones sensibles, más aún, si el hombre quiere vivir conforme a la moral debe prescindir

de su egoísmo, amor de sí mismo o conveniencias, placeres o ciertos fines y someterse a la ley fundamental del obrar moral que es un imperativo categórico o una forma *a priori* que obliga de manera absoluta. Claramente la moral kantiana es formalista en tanto requiere una buena voluntad que obra solo por el respeto a la ley o cumplir el deber por el deber mismo, es al mismo tiempo apriorística dado que lo decisivo no son los objetos de las conductas sino la forma *a priori* absoluta y universal del imperativo categórico del deber, y también autónoma porque la voluntad se determina por sí misma (siguiendo el imperativo categórico) y no por objetos ajenos a la misma que conllevarían a una moral heterónoma opuesta a la dignidad de la persona y a su independencia como fin en sí misma. Aquel imperativo categórico ha recibido en Kant distintas formulaciones aunque podemos acudir a la del capítulo II de la *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres*: “obra de tal modo que la máxima de tu voluntad pueda siempre valer como principio de una legislación universal”, y también podemos recordar formulaciones que remiten a la dignidad humana. Sin duda que en la moral kantiana la dignidad ocupa un lugar central a partir de la conocida alternativa que puntualiza en la “Fundamentación de la metafísica de las costumbres” (“El derecho a la vida”, cit. C. I. Massini y P. Serna, p. 35): “En el reino de los fines todo tiene un precio o una dignidad... aquello que constituye la condición únicamente bajo la cual algo puede ser un fin en sí mismo no tiene meramente un valor relativo, esto es, un precio, sino un valor interior, esto es, una dignidad”. El punto no es ese valor absoluto que en Kant tiene la dignidad humana sino el fundamento porque es “la autonomía... el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional”, y esa autonomía remite a “la constitución de la voluntad por la cual ésta es una ley para ella misma (independiente de toda constitución de los objetos del querer). El principio de autonomía es, así pues: no elegir sino de tal modo que las máximas de la propia elección estén comprendidas a la vez en el mismo querer como ley universal”, por eso Serna concluye: “la dignidad corresponde, para Kant, al hombre porque es ser capaz de moralidad, capaz de pertenecer a un reino de fines como legislador autónomo, gracias a la libertad que se le presupone a la voluntad de todo ser racional. Sólo así puede ser fin en sí mismo”. La moral kantiana es autónoma en tanto para que los deberes respectivos resulten válidos se requiere que los formule o se autolegisle el mismo sujeto, por eso se distingue la moral del derecho pues éste refiere al mundo de los deberes externos que no exigen que el deber sea el motivo determinante de la voluntad, y el derecho apela a la coacción para eliminar la resistencia o el obstáculo opuesto a la libertad de los otros en tanto la fórmula kantiana

del principio general del derecho es “obra de tal modo que el libre uso de tu albedrío pueda estar conforme con la libertad de todos según una ley universal”.

Si bien según las enseñanzas del Aquinate a la ética hay que estudiarla antes de la metafísica, corresponde advertir que siendo la materia de aquella los actos humanos corresponderá a la antropología precisar cómo definir a los mismos. La materia de la moral son los actos propiamente humanos, o sea los que resultan de la deliberación racional y la libertad, por ende, es la presencia de la inteligencia y la voluntad lo que explica y justifica a la moral. Pero ésta regula a los actos por medio de la razón práctica que encuentra como primer principio que “el bien debe hacerse y el mal evitarse”. Está en el hombre presente también el principio metafísico *omne agens agit propter finem*, y la voluntad quiere el bien y la inteligencia le permite conocerlo. La razón moral se encarga de conducir el obrar humano pero lo hace con reglas que tienen mayor o menor universalidad, y así puede identificarse el plano de los primeros principios universales y necesarios que se conocen por evidencia al contacto de la experiencia moral, de ellos es posible derivar reglas generales en donde se regulan situaciones o casos paradigmáticos en cuya elaboración hay más aporte de la experiencia moral, para finalmente desembocar en el plano de las reglas circunstanciadas y singulares propias de la razón práctica prudencial donde la certeza se debilita y se potencia la practicidad del saber. El juicio moral sobre los actos propiamente humanos depende en primer lugar del objeto del mismo (torturar es siempre malo), pero también de las circunstancias (es malo ayudar a un necesitado dejando en la indigencia a mi familia) y el fin (es malo ayudar a alguien sólo buscando el reconocimiento). Provocativamente, aunque en plena fidelidad a la ética del realismo clásico, Millan Puelles ha considerado tres condiciones de la misma: el amor a sí mismo (que no es egoísmo en tanto éste es el amor de sí mismo que excluye el amor a los demás), la búsqueda de la felicidad (el hombre la busca necesariamente) y el placer (tanto sensorial como el espiritual, aunque no solo aquel ni tampoco contra lo propiamente humano). También ha subrayado el profesor español que en la moral además de deberes es necesario tener en cuenta “lo debido” porque:

El contenido, lo que en cada caso es deber, es relativo, en primer lugar, al ser específico del hombre, en segundo lugar, al ser individual del hombre mismo y, en tercer lugar, a las circunstancias concretas de los distintos hombres, y en cada hombre, a las circunstancias concretas de la situación en que él esté.

Más allá de las referencias precedentes a la adhesión kantiana de los neoconstitucionalistas citados, en el punto de la moral resulta elocuente la confesión de Nino: “Es indudable que Kant dio un considerable paso adelante en el esclarecimiento de la moral cuando distinguió algunos rasgos formales básicos que necesariamente debe satisfacer todo juicio moral para ser válido: su autonomía, su universalidad y su no condicionamiento a deseos e intereses contingentes” (*Ética y derechos humanos*, p. 87). En definitiva, la moral kantiana se construye pensando en un hombre escasamente real y humano, dado que lo habitual es no sólo el deber sino los otros motores apuntados por la ética realista, y también importan las circunstancias dado que éstas tienen la capacidad de alterar el juicio moral. Esa falta de realismo o de humanismo de las éticas comunicativas o dialógicas de matriz kantiana —como la habermasiana y alexyana— es denunciada hasta por seguidos de esa escuela, tal es el caso de Adela Cortina: “Creo que a lo largo de la polémica entre neoaristotélicos y neokantianos se ha ido configurando un concepto excesivamente pobre de ética procedimental, un concepto que puede ampliarse reconstruyéndolo desde las ideas de valor y telos, hasta dar lugar incluso a una ética de virtudes o de actitudes” (“La ética discursiva”, en V. Camps (ed.), *Historia de la ética*, Barcelona, Crítica, 1989, p. 554).

5. *Prudencia y retórica*

La prudencia en la ética clásica es la encargada de dirigir la vida moral en concreto del hombre, pues su objeto es “saber vivir”. Subraya Pieper que la prudencia es la virtud de la realidad en tanto se ocupa de proyectar los deberes morales definidos desde la razón práctica en los “debidos” concretos para ese tiempo, lugar y sujetos implicados. La vida moral de cada hombre está encomendada a la prudencia por eso —volviendo a Pieper— “la virtud de la prudencia es la ‘madre’ y el fundamento de las restantes virtudes cardinales: justicia, fortaleza y templanza; que, en consecuencia, sólo aquel que es prudente puede ser, por añadidura, justo, fuerte y templado; y que, si el hombre bueno es tal, lo es merced a su prudencia” (*Las virtudes fundamentales*, Madrid, Rialp). Aranguren habla de tres concepciones fundamentales de la ética: ética de la sabiduría en Sócrates (el mal es fruto de la ignorancia por lo que quien conoce el bien obra conforme al mismo), ética de la buena voluntad en Kant y ética de la prudencia y de la buena voluntad en Aristóteles. Será Kant el encargado de suprimir de la ética a la prudencia y redefinirla peyorativamente en términos de habilidad

pragmática en orden a conseguir el bienestar privado o individual. Es cierto que la ética kantiana centrada en la buena voluntad que quiere obrar solo por respeto al deber, no puede dar acogida a la prudencia que formula sus juicios ajustando las reglas morales a las situaciones concretas subjetivas y circunstanciales, y en donde la voluntad rectificada por un apetito recto contribuye decisivamente para encontrar la conducta buena en cada caso. Recordemos que son “partes integrales” de la prudencia y que aportan al “acto perfecto” de la misma que es “recta razón en el obrar”: a) memoria o la experiencia que enseña la verdad en las cosas contingentes; b) inteligencia para juzgar lo concreto y singular; c) docilidad para recibir consejos o enseñanzas de otros; d) sagacidad para hallar prontamente el medio apropiado; e) razón en tanto se requiere “inquisición y discurso”; f) previsión conectado a “los futuros contingentes” donde se obra procurando un fin; g) circunspección en tanto se requiere el mejor conocimiento de las circunstancias, y h) precaución para elegir los bienes y evitar los males que en las acciones contingentes pueden mezclarse. También la prudencia cuenta con virtudes adjuntas dado que tienen por objeto actos o materias secundarias que no alcanzan toda la “virtualidad de la virtud principal”: a) *eubulia* o rectitud en el consejo que es malo cuando el fin lo es y cuando se aconsejan medios malos para llegar a un fin bueno; b) *synesis* o rectitud del juicio que escoge el medio, y c) *gnome* o perspicacia que implica cierta agudeza en el juicio sobre aquello que sale del curso normal de la naturaleza. Hay también especies de prudencia: por un lado aquella “por la que uno se gobierna a sí mismo” en aras del bien individual, y por el otro, la prudencia social que gobierna a otros en aras de un bien común. En definitiva la prudencia tiene por objeto el obrar concreto y por ello cuenta con una dimensión cognoscitiva que evalúa medios posibles y una dimensión preceptiva que es lo propio dado que conduce el obrar, pero cabe la advertencia del Aquinate: “La prudencia, como se ha dicho, trata de las acciones contingentes. En éstas no puede el hombre regirse por la verdad absoluta y necesaria, sino por lo que sucede comúnmente... Más la experiencia enseña cual es la verdad en los hechos contingentes” (S. T. II-II, 49,1).

En la filosofía práctica clásica la prudencia apela a la retórica porque ésta se ocupa de la persuasión, y en consecuencia, es importante que la verdad y la justicia recurran a la retórica, porque la experiencia confirma que no basta tener la mejor razón para que inexorablemente ella triunfe. El auditorio al que puede dirigirse el prudente, es decisivo lograr su persuasión o adhesión y para ello resulta apropiado que se valgan de la ciencia y arte de la retórica, con la confianza —enseñaba Aristóteles— que

siempre será más fácil persuadir de la verdad y la justicia que del error y la injusticia. Pues recordemos que el Estagirita distingue los razonamientos apodícticos o demostrativos que parten de premisas necesarias, de los razonamientos dialécticos que parten de premisas verosímiles avaladas por todos, por la mayoría o los sabios, pero la dialéctica es correlativa (antístrofa) de la retórica en tanto ésta contribuye a la aceptación de las premisas y conclusión. En vinculación a esos razonamientos no necesarios están los “tópicos” que —al decir de Cicerón— son lugares donde se encuentran argumentos (sedes *arumentorum*) y el argumento es una razón que hace creer en materia de cosas dudosas.

La moral kantiana se construye al margen de afectos o dimensiones circunstanciales y se asimila a una rigurosa ciencia con reglas universales y necesarias, por eso resulta absolutamente incompatible con la prudencia o la retórica. Tampoco encontramos en Alexy apelaciones directamente reconocidas como propias de la prudencia ni tampoco de la retórica, es que su moral procedimental confía en ese código definido por la razón práctica, que su seguimiento nos permitirá obtener la respuesta correcta, y que finalmente aquella se institucionalizará en un Estado de derecho constitucional y democrático. La clave de esas éticas discursivas pragmáticas es que se consideren los intereses universalizables de los destinatarios de las exigencias morales en orden a lograr consensos racionales, por ende, los sujetos de esa moral confían demasiado en la razón y se desinteresan del esfuerzo orientado a persuadir a favor de la conclusión alcanzada. Más allá que es posible encontrar en la teoría de Alexy espacio para considerar la relevancia de las circunstancias del caso en el que hay que decidir (por ejemplo a la hora de ponderar los principios en juego, comprobando su peso concreto y la seguridad que proveen las premisas fácticas presentes) sigue el profesor de Kiel conectado y confiado en la razón y que la argumentación justificatoria logre inexorablemente el triunfo de la solución encontrada.

6. *Bien común y libertad individual*

Hemos visto que en Kant se consagra la separación entre moral y derecho en tanto el objeto de éste se limita a pura legalidad coactiva exterior de las acciones sin apelar a ninguna moral. El único derecho natural es el de libertad pero más allá de éste, está el derecho positivo dispuesto por la voluntad del legislador que se divide en privado (que se ocupa de la posesión de los bienes externos) y en público identificado con el conjunto de las leyes.

Kant admite un estado de naturaleza en el que reina la violencia al que como fruto de un contrato se supera consiguiendo un estado de derecho o estado civil donde los hombres deciden limitar su arbitrio sometiéndose a un mandato públicamente decretado. Así Kant sigue a Rousseau, porque en aquel contrato que da origen a la sociedad civil, todos ceden su libertad exterior para recobrarla como miembros de una república, y ese poder constituido por la voluntad de todos se divide en legislativo, ejecutivo y judicial, pero el poder supremo una vez constituido es irresistible y sin apelación correspondiéndole al pueblo su obediencia incondicional, por lo que rechaza la posibilidad de rebelión del pueblo contra el soberano. En materia penal la propuesta de Kant es de un fuerte rigorismo en tanto la ley penal es un imperativo categórico regida por la ley del talión. La república kantiana es una idea pura compatible con las distintas formas de gobierno: monárquica, aristocrática o democrática. En el plano internacional su propuesta de un derecho cosmopolita se apoya en la idea racional de una comunidad pacífica perpetua de todos los pueblos de la tierra que debemos buscarla aunque resulte poco factible.

El planteamiento teórico de Alexy está teñido de una visión liberal que él se encarga de explicitar: “la idea del discurso es así una idea esencialmente liberal” (*Teoría del discurso y derechos humanos*, cit., p. 73), e incluso vincula su concepción liberal de los derechos humanos con “la idea política de la Ilustración y de las revoluciones burguesas. Ella constituye hoy el fundamento de todas las Constituciones de tipo occidental... es hasta ahora una de las ideas políticas más exitosas” (*ibidem*, p. 66); a lo que se agrega que en su *Teoría de los derechos fundamentales* plantea que en caso de empate entre los principios que se ponderan corresponden hacer prevalecer la libertad y la igualdad. El núcleo de los derechos se fundamenta —según Alexy— en el derecho a la libertad y el derecho a la igualdad, y está excluida de la decisión legislativa la “moral personal (¿cómo quiero vivir? o ¿qué es lo bueno para mí?)”, aunque reconoce como límite de la misma a la “moral pública”, o sea “aquello que ciudadanos racionales con concepciones personales del bien distintas consideran como condiciones de cooperación social justa tan importantes como para que el simple legislador no pueda decidir sobre ello”. En el caso de Dworkin —más de las interpretaciones contradictorias que se han brindado sobre esa teoría y su evolución— nos parece que aún es más clara la matriz liberal, y así el Estado liberal “debe ser, tanto como sea posible, independiente respecto e cualquier concepción del bien particular o respeto de lo que dote de valor a la vida” (*A Matter of Principle*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1985, p. 191), en esa “concepción liberal de la igual-

dad” los derechos individuales son reconocidos como triunfos políticos en manos de los individuos, que no pueden ser negados ni por el gobierno, ni tampoco por la mayoría, sobre la base de supuestos beneficios o perjuicios generales, pues incurrir en éstas prácticas implica no tomarse los derechos en serio. Es cierto que Dworkin pareciera vincular los derechos con la noción de dignidad humana kantiana, pero de todas maneras explícita que su teoría política no se funda en objetivos como el utilitarismo, tampoco en deberes como en Kant, sino en derechos como Rawls.

Es suficientemente conocida y ratificada en la experiencia la tesis clásica de que el hombre es un animal social y político: “El que no puede vivir en comunidad... es una bestia o un dios”. El hombre requiere para satisfacer sus más variadas necesidades de sus semejantes, y así esa inclinación natural a la vida social lo lleva —con la mediación de su razón— a formar parte y a constituir diferentes sociedades que proveen los bienes que el mismo necesita para “vivir bien”. El hombre nace en el seno de una familia y de una sociedad política, pero su razón y libertad van creando diferentes sociedades que también proveen bienes que solo no podría obtener o los obtendría muy decitariamente. El hombre posee una naturaleza individual y social, y desde el punto de vista metafísico es “sustancia”, mientras la sociedad es un “accidente” que, como tal, no tiene subsistencia propia sino que consiste en un cierto modo de ser de los individuos humanos. En fórmula tomista: “*Societas est unitas ordinis*”, en tanto la sociedad humana consiste en una cierta unión ordenada de los individuos que la componen y que se orienta a un fin o bien que la justifica racionalmente. La vida social, o sea las relaciones que el hombre establece con sus semejantes, está al servicio del hombre, más concretamente de cada uno de los integrantes, de ahí el sentido ético que asume la sociedad y lo que en ella vive el hombre. El bien en la filosofía clásica no tiene solo la capacidad de atraer, sino se conecta con la felicidad en tanto cuenta con capacidad perfectiva de la persona humana. Pero el concepto de bien es analógico, por lo que encontramos una amplia variedad de bienes, aunque todos ellos coinciden en esa capacidad de atraer y perfeccionar, así podemos reconocer: a) lo que es bueno simplemente (*bonum simpliciter*) de lo que es bueno desde algún punto de vista (*bonum secundum quid*); b) el bien puede ser apetecible por sí mismo (bien honesto), por razón del deleite que podemos encontrar en él (bien deleitable) o por razón de la utilidad (bien útil); c) bienes externos, bienes corporales y bienes espirituales; d) bienes individuales y bienes comunes; e) bien común trascendente y bien común inmanente, etcétera. Cuando hablamos contemporáneamente de la sociedad política aludimos al Estado y el fin

del mismo es el bien común político, que es el bien de los miembros de esa sociedad o sea de ese “nosotros”. Por eso el bien común, no es la suma de los bienes individuales (individualismo) ni de alguien distinto a los integrantes de esa sociedad política (totalitarismo), sino que en clave realista: “El bien común de la ciudad y el bien singular de una sola persona no difieren solamente según lo mucho o lo poco, sino según la diferencia formal, pues una es la razón del bien común y la otra del bien singular, como una es la razón del todo y otra la de parte”. No hay estrictamente oposición entre el bien individual y el bien común, así como tampoco hay entre la naturaleza individual y social, pues la sociedad procura mediante el aporte organizado y coordinado de todos ese “bien vivir” en común que es comunicable. La clave tomista para eventuales oposiciones entre bien individual y bien común es: “El bien común es superior al bien privado si es de el mismo género, pero puede suceder que el bien privado sea mejor según su género” (S. T. II-II, 152, 4, ad. 2), por ende y por ejemplo en bienes externos prevalecerá el interés común, pero no en materia de dignidad que es propia de cada individuo humano. Nos hemos ocupado del contenido de ese bien común político, distinguiendo: a) arquía, refiere a la organización política —hoy democrática—; b) concordia o amistad política: algún acuerdo básico sobre intereses y valores comunes; c) derecho normativo positivo que determina lo suyo de cada uno, aunque cierta suficiencia de bienes materiales es condición necesaria para que el hombre desarrolle actividades superiores, y d) siendo el bien común un bien humano debe incluir los bienes propiamente humanos o espirituales que remiten a “mejores personas” (no “más” persona). Más allá del precedente desarrollo de nociones clásicas en materia de la sociedad política, conviene consignar que Finnis en sintonía con aquellas enseñanzas postula cierta sinonimia entre bien común, justicia y derechos humanos (éstos son “una expresión enfática de lo que está implícito en el término bien común” y éste “es el objeto de toda justicia”).

IV. CONCLUSIÓN

Reiteremos nuestra advertencia que la explicitación desarrollada precedentemente en temas filosóficos responde a un propósito pedagógico de señalar los caminos iniciales que corresponde escoger a los que hacen teoría jurídica, y en buena medida esa opción ha quedado centrada entre Aristóteles y Kant. No ignoramos que hay otros caminos, y al respecto

destacaríamos el del escepticismo radical que explicita Nietzsche o Foucault, como también todas las adaptaciones que ha experimentado la filosofía kantiana especialmente en sintonía con el “giro lingüístico”. Pero en definitiva los autores señalados como neoconstitucionalistas no-positivistas son —con mayor o menor claridad— hijos de Kant, y por ende, hay algunos rasgos característicos que resultan decisivos a la hora de perfilar sus teorías y que se ponen de relieve especialmente frente a algunos debates éticos actuales.

Intentando precisar esas fuentes y tesis filosóficas determinantes de matriz kantiana recordemos: el independizar la definición de persona humana a la de individuo de la especie humana y asociarla con ciertas capacidades o funciones; el conocimiento no consiste en decirnos lo que son las cosas sino como quedan construidas por el sujeto cognoscente que aporta lo decisivo en ese terreno; a la hora de obtener un concepto del derecho se busca una definición precisa, necesaria o inequívoca que resiste grados de juridicidad o realidades jurídicas diferentes aunque análogas; el bien queda asociado a formas y deberes universales y necesarios que define la autonomía individual y que la voluntad ejecuta sin consideraciones circunstanciales o apelaciones a afectos o intereses; la retórica resulta irrelevante o contradictoria con la necesidad y universalidad en el que se mueve la razón práctica pura; los objetivos comunitarios son riesgosos o no decisivos frente a la libertad individual.

Las fuentes y fundamentos filosóficos reseñados no empañan el valor de las trece tesis estrictamente jurídicas en las que coinciden neoconstitucionalistas no-positivistas e iusnaturalistas, las que implican un aparato conceptual idóneo y acertado como para comprender y operar el Estado de derecho constitucional y para asumir la polémica con las perspectivas positivistas o críticas. Por supuesto, que estamos convencidos que optar por las fuentes y fundamentos filosóficos aportados desde el realismo jurídico clásico brinda a la teoría jurídica una mayor solidez, coherencia y verdad, posibilitando mejores lecturas y operatividad en la realidad del derecho.

Conforme a todo lo señalado en el presente escrito, podemos sintetizarlo en las siguientes conclusiones:

- 1) En el marco del EDL, o sea en tiempos de predominio teórico ius-positivista (legalista o kelseniano), la disputa con dicha perspectiva la asumía el iusnaturalismo clásico.

- 2) El EDC suscitó una nueva teoría, llamada “neoconstitucionalismo”, cuyo denominador común es explicar, avalar y promover aquél paradigma.
- 3) Dentro de la teoría neoconstitucionalista están los no-positivistas (Alexy, Dworkin, Nino, etcétera) y los positivistas (centralmente Ferrajoli).
- 4) El neoconstitucionalismo no-positivista y los iusnaturalistas clásicos coinciden en un buen número de tesis especialmente jurídicas.
- 5) Más allá de aquellas coincidencias relevantes en el campo de la teoría jurídica entre los neoconstitucionalistas no-positivistas y los iusnaturalistas, las fuentes y fundamentos filosóficos son diferentes, aquellos se inspiran en Kant y los otros en Aristóteles y Aquino.
- 6) Es importante también identificar aquellas diferencias en el terreno filosófico como para poder advertir coherencia, solidez y verdad.

LA REFORMA CONSTITUCIONAL COMO DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1917. UN ANÁLISIS DESDE LA PROBLEMÁTICA DEL PODER CONSTITUYENTE Y LAS IDEAS DE LIBERTAD Y DEMOCRACIA*

Víctor Alejandro WONG MERAZ**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Planteamiento*. III. *Nociones generales*. IV. *Revolución y Poder Constituyente*. V. *Constitución legítima o legal*. VI. *Problemática del Poder Constituyente*. VII. *Proceso constituyente*. VIII. *La reforma constitucional como mecanismo para hacer valer la voluntad del Poder Constituyente*. IX. *La libertad y la democracia como límite a la reforma constitucional*. X. *Consideraciones finales*. XI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución mexicana de 1917 se encuentra próxima a celebrar un centenario de vida —cuestión nada sencilla que un texto constitucional sea tan longevo—, y frente a esto nos encontramos ante dos posturas. La primera es festejar esos 100 años, entendiendo que se requiere una reforma integral, con el objeto de que se actualice para su nueva realidad. La segunda y más radical, consiste en realizar una nueva carta magna, ya que la actual se encuentra desfasada. Sin embargo, en cualquiera de las dos posturas, se requiere un acuerdo político donde los actores estén comprometidos para la realización de un proyecto de gran envergadura.

Entre los que se decantan por la segunda opción, opinan que ha llegado el momento de elaborar una nueva Constitución, una que esté frente

* Agradezco los comentarios de los maestros Alicia de los Ríos Merino y Pedro Alejandro Villareal Lizárraga en la elaboración de éste artículo.

** Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad Complutense de Madrid, miembro del Sistema Nacional de Investigadores.

a los retos del siglo XXI, así como la actual lo estuvo a la altura del siglo XX. La postura más fácil, sería apoyar esta recomendación, unirnos a esta tendencia y tratar de que en el nuevo texto se incluyeran todos los avances que hay sobre derechos humanos y fundamentales, que el nuevo texto esté más acorde a un mundo globalizado y tecnológico; nuevas formas de participación política. Ser tajante que el México de 1917 es muy distinto al actual, por tal motivo, es un contexto totalmente distinto y es imperante tener una nueva Constitución. Además, la tendencia en la región de Latinoamérica,¹ es por la elaboración de nuevos textos constitucionales, que estén más de acuerdo a un Estado constitucional, después de la época posdictadura.

Es la más fácil, sin embargo, considero que no es la mejor opción, ya que el convocar para la elaboración de un nuevo texto constitucional, sería abrir todos los temas a todo tipo de discusiones. Tendríamos que debatir sobre los principios políticos de México, tan fundamentales como si es una República, federal, representativa y con la reciente modificación laica. Se analizaría, una nueva distribución de competencias, entre las entidades miembros, y los órganos federales y además entre ellos, en otras palabras, se estaría debatiendo toda la parte orgánica y dogmática de la Constitución, se volverá a discutir —algo que pensábamos superado hace 150 años— la relación Iglesia-Estado. Cuestión nada sencilla, por tal motivo, consideramos que la mejor forma de tener un texto que esté frente a los nuevos retos del siglo XXI, es a través de la reforma constitucional, entendiéndola como un mecanismo que le permite estar actualizada, pero respetando la voluntad que plasmó el constituyente de 1917, que son esos principios políticos y fundamentales que la distinguen de los otros ordenamientos constitucionales.

Es en este sentido que va dirigido el actual artículo, en el que pretendemos demostrar que la reforma constitucional es el instrumento más importante para la defensa de la Constitución, al igual que las ideas de libertad y democracia. Sin embargo, para analizar a la *Verfassungsänderung*, resulta imperante el estudio del Poder Constituyente, su relación con la Revolución, y el documento que resulta del proceder éste, que es una Constitución. El cuestionamiento empieza si es posible a través de la reforma constitucional darse un nuevo texto constitucional, o esto resulta exclusivo del *Pouvoir Constituant*. Otra de las incógnitas, más interesantes

¹ Para una mayor información sobre los distintos procesos constituyentes de América Latina, véase a Callero, Juan Carlos, *The Unfinished Transition to Democracy in Latin America*, Nueva York, Routledge, 2009.

para el estudio del derecho constitucional, es si la reforma constitucional se puede considerar como un poder constituyente o constituido, ya que por cualquiera de las dos que nos decantemos, se podrá afirmar si es un poder omnipotente, o limitado por algunos principios que se encuentran en el texto constitucional. También resulta imperativo el estudio de la reforma constitucional para la continuidad del texto constitucional, y esto se puede dar desde distintas ópticas, que para algunos es una operación jurídica, para otros es por excelencia un proceso político, o es una mezcla de las dos, ya que es precisamente en esta institución en la que se conjuntan los elementos político y jurídico.

II. PLANTEAMIENTO

Al ordenamiento constitucional de 1917, en primer lugar, se le han venido haciendo modificaciones como técnica de libertad más que de poder, como en cierta medida lo fue en su origen. En este sentido, aunque ya la idea circuló por otros motivos cuando fue expedida nuestra carta magna, en recientes estudios, se ha puesto de manifiesto el autoritarismo que ha prevalecido en el diseño constitucional de las instituciones políticas de México, o en otros términos, se ha considerado que la norma fundamental alberga dos modelos contradictorios, el autoritario y el garantista.² En dichos modelos se confrontan los influjos de nuestra tradición política, con las instituciones que han surgido con las democracias modernas.

Sin desconocer el enorme valor que ha tenido la Constitución para la vida de los mexicanos, dichas opiniones, tienen el mérito de acentuar el gran reto que afronta nuestra carta magna.³ A raíz de estos planteamientos, el debate se centra en una Constitución renovada o una nueva Constitución, está hoy en la conciencia nacional. La posición que preten-

² Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador; *Derecho constitucional mexicano y Comparado*, 4a. ed., México, Porrúa, 2005, p. 37.

³ En este sentido, es interesante la recopilación *Hacia una nueva Constitucionalidad*, México, UNAM, 2000. En dicha obra, se encuentran las aportaciones de los más prestigiosos constitucionalistas de México. Recomendamos los ensayos de Carbonell, Miguel “La Constitución de 1917 hoy: Cinco retos inmediatos”; Carpizo, Jorge, “México: ¿Hacia una nueva Constitución?; Fix-Zamudio, “Hacia una nueva constitucionalidad. Necesidad de perfeccionar la reforma constitucional en el derecho mexicano. Las leyes orgánicas”; González Schmal, Raúl, “¿Por qué una nueva Constitución?”; Muñoz Ledo, Porfirio, “Por una nueva Constitución para refundar la República”, y Valadés, Diego, “México: Renovación constitucional o retroceso institucional”.

de que es posible hacerlo a través de la reforma constitucional gradual y transformarla, y la otra, que se ubica en el imperativo de expedir otra ley fundamental.

Por tal motivo, la preocupación del constitucionalismo mexicano en la época actual, es la de perfeccionar el papel de la Constitución como instrumento de control y por eso el estudio de los diferentes medios, con el objeto de limitar y controlar el poder,⁴ y se ha tornado primordial para la transición democrática que venimos experimentando.⁵

De este modo, en lo que en su momento se denominó la reforma del Estado, el tema esencial era el equilibrio del poder; el cual consiste en restaurar este balance, resquebrajado por la supremacía del poder ejecutivo, sobre los demás poderes. De ahí las enmiendas a los poderes Legislativo y Judicial, para convertirse como verdaderos contrapesos para el gobierno y la administración.

Sin embargo, nuestra Constitución ha experimentado también una apertura tanto en sus aspectos internos, como externos. Por lo que se refiere al aspecto externo, las causas principales de la apertura han sido los efectos del orden internacional y el cambio del modelo económico, de uno cerrado a uno abierto. Antes, la influencia de los factores internacionales era bastante relativa, ahora se refleja en múltiples aspectos, como son, los tratados internacionales, particularmente en lo relativo al comercio, derechos humanos, medio ambiente o laboral, así como las repercusiones que se pudieran manifestar en la vida nacional, como los temas de observación electoral internacional, corrupción, narcotráfico y seguridad nacional.

En lo que se refiere al interior, la sociedad mexicana es mucho más plural y participativa, como se constata en los porcentajes de participación en los comicios electorales.⁶ En este aspecto, ha sido significativo el esfuerzo que se ha denominado reforma política, que mediante sucesivas modificaciones al marco constitucional y legal en materia electoral, está permitiendo transitar de un sistema de partido hegemónico a la construcción de un auténtico sistema de partidos políticos.

⁴ Recomendamos la lectura de Valadés, Diego, *El control del poder*, 2a. ed., México, Porrúa, 2000.

⁵ Merino, Mauricio, *La transición votada. Crítica a la interpretación del cambio político en México*, México, FCE, 2003.

⁶ En las últimas elecciones en México, el porcentaje de participación ha sido: 1991 de 65.97%; 1994 de 77.16%, 1997 de 57.69%, 2000 de 63.97%, 2003 de 41.68%, 2006 de 58.90%, 2009 de 44.61% y el 2012 fue de 63.08%.

Además, con la llegada de un nuevo gobierno, siempre llegan nuevas esperanzas, y con el objetivo de que México y su Constitución, estén al frente de los nuevos retos, los tres partidos políticos más representativos del país PRI, PAN, PRD junto con el presidente Peña Nieto, suscribieron el Pacto por México, en el que puedan llegar a un acuerdo nacional en lo relativo a los temas rectores del país.

En estos momentos ya se concretó una reforma educativa, y se encuentra próxima a formalizarse la hacendaria. En las mesas de discusión también se han llegado a algunos acuerdos para impulsar las respectivas modificaciones, para una sociedad de derechos y libertades; para el crecimiento económico, empleo y competitividad; por la transparencia, rendición de cuentas y combate a la corrupción; para la gobernabilidad democrática.

Sin embargo, el resultado de estas modificaciones no ha sido del todo aceptado por una parte de la población. La reforma educativa provocó que un sector magisterial la repudiara, y han tomado en distintas ocasiones varias ciudades. La reforma fiscal o hacendaria no ha logrado un acuerdo nacional, ya que ha ocasionado el repudio generalizado por la sociedad a la mencionada modificación. La reforma energética pretende modificar unas de las cuestiones más sensibles y delicadas que tiene México, petróleo. La percepción de la ciudadanía, que considera este combustible y todo lo relacionado con él, como un principio fundamental de nuestro país; para muchos esta modificación sería desastrosa para México y su futuro.

El impacto político que se pretendía tener con este pacto nacional, no ha tenido eco en la ciudadanía. Para muchos, los actores políticos cada vez son más distantes de los intereses de los mexicanos. Esto ha llevado a que gran parte de la ciudadanía, cada vez crea o confíe menos en sus instituciones políticas y democráticas,⁷ ya que lamentablemente no se han podido solucionar los problemas de la mayoría de la población.

Esto nos lleva a plantear dentro del Estado constitucional, la necesidad de hacer valer, conforme al principio democrático, la suprema autoridad del pueblo frente a la autoridad del gobernante, en la que la Constitución obligue por igual a gobernantes y gobernados. Sin embargo, y tal como lo afirma Pedro de Vega, el temor latente en todo estado político consti-

⁷ Véase el Latinobarómetro, también se puede consultar Wong Meraz, Víctor Alejandro, “Los derechos fundamentales y humanos, como límite a la reforma constitucional, desde la perspectiva democrática y humanística”, en Cervantes Bravo, Irina y Wong Meraz, Víctor Alejandro (coords.), *Temas de control de constitucionalidad y convencionalidad*, México, Porrúa, 2013, pp. 262 y ss.

tucional, por los políticos prácticos que no les está vetado nada, de suerte que, incluso en el marco de un régimen democrático, pueden llegar a discutir o negar el principio de legitimidad sobre el que se construyó el sistema constitucional en el que operan.⁸ En este sentido, para Ruipérez una cosa es que las fuerzas políticas operantes dentro de un Estado puedan defender cualquier idea política aunque la misma sea claramente contraria a la Constitución, y que lo pueden hacer porque, como contenido inherente al principio democrático, reivindican siempre y en todo momento el cambio del código constitucional, y otra muy distinta es el que la pretensión de éstas contraria al texto constitucional sea jurídica y políticamente factible mientras éste continúe en vigor.⁹

Por tal motivo, es imperativo el estudio de la reforma constitucional, y de entenderla como un poder limitado por la voluntad del Poder Constituyente, que servirá de guía para la evolución de un Estado democrático.

III. NOCIONES GENERALES

Una Constitución nace, se desarrolla e incluso puede perecer. Así sucede porque la ley fundamental es un elemento latente, perfectible, en constante transformación.¹⁰ Por tal motivo, para el entendimiento de la Constitución, la doctrina utiliza la noción de Poder Constituyente como el creador y el reformador de aquella.

El *Pouvoir Constituant*¹¹ es tema de importancia capital para la elaboración de una teoría constitucional congruente con los postulados básicos que caracterizan a las sociedades occidentales.

A partir del momento en que, por un lado, se acepta como único supuesto legitimador el principio democrático de la soberanía popular y, por otro lado, se considera que la única forma viable de organizar la comunidad política es a través de los proyectos de la democracia represen-

⁸ Véase el prólogo de Pedro de Vega para la obra de Carl Schmitt, *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*, Madrid, 1983.

⁹ Ruipérez, Javier, *Reforma versus Revolución, Consideraciones desde la Teoría del Estado y de la Constitución sobre los límites materiales a la revisión constitucional*, México, Porrúa, 2013, p. 108.

¹⁰ Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *op. cit.*, p. 95.

¹¹ Sicyès, Emmanuel, *¿Qué es el Tercer Estado?*, 3a. ed., México, UNAM, 1989, p. 108.

tativa, se establecen históricamente las bases sobre las que ha de surgir la noción de Poder Constituyente.¹²

El tema, en apariencia simple, se complica por la cantidad de teorías que se han desarrollado con el afán de explicarlo, y no podría ser de otra forma si se toma en consideración la magnitud de la cuestión, que no es otra sino la legitimidad del ejercicio del poder político. La figura del Poder Constituyente y las atribuciones del mismo tendrán variables notables según sea la teoría con la que se pretenda explicarlo.

Para Carl Schmitt, el poder constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridad, es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política.¹³ Es decir, la principal manifestación del poder constituyente está representada por la Constitución, documento en que se declaran y establecen los principios políticos y jurídicos fundamentales que rigen la vida de un país.¹⁴

El poder constituyente se cimienta en la voluntad de la sociedad política de autodeterminarse políticamente a través de la Constitución, reclamando para sí misma la capacidad de generar la totalidad del orden jurídico y mantenerlo con eficacia. La disyuntiva de la carta magna radica en si tendrá la posibilidad o la fuerza normativa para crear y mantener una auténtica realidad constitucional, y la única posibilidad de lograrlo, es que el pueblo acepte o abrace y defienda su Constitución.

La norma fundamental, para ser democrática, debe originarse en procedimientos que hagan intervenir al pueblo, que es el titular del Poder Constituyente. Sin embargo, en una época se consideró que, en virtud de que el pueblo no puede ejercitar por sí mismo dicho poder, encomienda esta tarea al “órgano constituyente” que generalmente recibe el nombre de Congreso o Convención Constituyente, el cual se encuentra conformado por un grupo de representantes populares encargados de formular la Constitución.

Hablar de Poder Constituyente es hablar de democracia,¹⁵ en virtud de que el Estado constitucional fundamenta su estructura en dos pilares fundamentales: en el principio jurídico democrático y el principio jurídico de supremacía constitucional.¹⁶

¹² Vega García, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, 5a. ed., Madrid, Tecnos, 2000, p. 25.

¹³ Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1982, pp. 94 y 95.

¹⁴ Fix-Zamudio, Héctor, y Valencia Carmona, Salvador, *op. cit.*, p. 95.

¹⁵ Negri, Antonio, *El Poder Constituyente, Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Madrid, Libertarias Prodhufi, 1994, pp. 119-20.

¹⁶ Vega García, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, *cit.*, p. 15.

Sin embargo, el órgano constituyente no siempre tiene un carácter democrático. En la práctica, puede suceder que el Poder Constituyente le sea usurpado al pueblo, en cuyo caso las Constituciones se elaboran entonces en forma “monocrática” a voluntad del hombre fuerte en turno, o con aplicación de procedimientos “autocráticos”, tal y como suele suceder con el plebiscito constituyente.¹⁷ Para Vergottini es en sí una decisión unilateral de los auténticos detentadores del poder constituyente (jefe carismático, líder del partido único, jefe o junta militar), por lo cual el voto popular tiende a ofrecer una mera ratificación (en el plano jurídico formal), y una legitimación del poder de los gobernantes (en el plano político sustancial).¹⁸

IV. REVOLUCIÓN Y PODER CONSTITUYENTE

En la historia, con frecuencia, el principio y el fin de las Constituciones tienen lugar por vía revolucionaria, entendida ésta en sentido amplio, al comprender cualquier movimiento violento que sea la causa de un nuevo texto fundamental.¹⁹ Para Burdeau, la revolución tiene como objeto el establecer un nuevo orden; nace en el momento en que la idea oficial de derecho no encuentra eco en la conciencia jurídica de los miembros de la colectividad, y entonces surge una nueva idea de derecho sostenida por un poder actuante, cuyo fin es reemplazar a las autoridades establecidas para introducir en la organización social los principios rectores de la idea cuya energía encarna. Una revolución es la sustitución de una idea vieja de derecho por una nueva como idea motriz de la institución estatal.²⁰

¹⁷ A lo que Vergottini define como “La versión arbitraria del referéndum democrático”, ya la consulta al pueblo resulta en un mero formalismo. Vergottini, Giuseppe de, *Derecho constitucional comparado*, México, UNAM, 2004, p. 143.

¹⁸ Según Vergottini, pueden considerados prototipos del procedimiento plebiscitario los planteados por Napoleón luego del golpe de Estado de 1799 (concentración del poder por el primer cónsul) y en 1802 (consulado vitalicio), así como el de Napoleón III después del golpe de Estado de 1851. También se presentan procedimientos análogos en la experiencia sucesiva, con referencia, por ejemplo, a las Constituciones: portuguesa de 1933; griega de 1968; argelina de 1976; iraní de 1979; chilena de 1980. Vergottini, Giuseppe de, *op cit.*, p. 143.

¹⁹ Fix-Zamudio, Héctor, y Valencia, Carmona, Salvador, *op. cit.*, p. 97.

²⁰ Burdeau, Georges, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Madrid, Editora Nacional, 1981, p. 64.

Burdeau afirma, que lo mismo que en tiempo de paz todo el ordenamiento jurídico reposa sobre la idea de derecho actualizada por el gobierno regular, el levantamiento o movimiento revolucionario se apoya en una noción de derecho que compite con la anterior, o sea, la oficialmente incorporada por el Estado. Por lo anterior, este autor establece que si bien, la victoria de la idea revolucionaria se consume gracias al debilitamiento o fragilidad de las bases del orden jurídico anterior, no es sólo por efecto de las armas, sino de la sustitución de una idea de derecho por otra, como rectora de la vida social, implica la derogación de la organización político-social existente y su sustitución por un sistema jurídico nuevo.²¹

Curiosamente la primera vez que se utiliza la palabra revolución, no es para definir una cuestión política o relacionado con los seres humanos o con la tierra, sino para hacer una descripción de los movimientos en el mundo exterior, y es en la obra del astrónomo prusiano Nicolás Copérnico *De Revolutionibus orbis coelestium* (*De las Revoluciones de los cuerpos celestes*) publicado en el año 1543.

Para Hannah Arendt la primera vez que se utiliza la palabra revolución en un contexto político es en Inglaterra; sin embargo, hay que hacer la anotación que no se conceptualiza de esta manera el movimiento de Cromwell de 1649, sino al contrario en 1660 es tras el derrocamiento del *Rump Parliament* y con ocasión de la restauración de la monarquía. Al igual que en 1688, cuando los Estuardos fueron expulsados y la corona fue transferida a Guillermo y María y la famosa “Revolución Gloriosa”, es por lo cual se introduce en nuestro lenguaje político la palabra revolución. Sin embargo, lo paradójico es que se tomó esta figura para poder restaurar del poder monárquico a su gloria y virtud primitiva.²²

Las revoluciones cualquiera que sea el modo en que las definamos, no son simples cambios. En este sentido, solamente podemos entender el concepto de revolución si está presente la idea de libertad. Por tal motivo, las revoluciones son algo más que insurrecciones victoriosas y no podemos llamar a cualquier golpe de Estado revolución, ni identificar a ésta con toda guerra civil. Lo que éstos tienen en común con las revoluciones, es que se realizan mediante la violencia, razón por la cual a menudo se asemejan con ella. Pero ni la violencia, ni el cambio pueden servir para describir el fenómeno de la revolución. En este sentido, coincidimos con Arendt, al momento de establecer categóricamente que solo cuando el

²¹ *Ibidem*, p. 111.

²² Arendt, Hannah, *Sobre la Revolución*, España, Alianza Editorial, 2009, pp. 56 y 57.

cambio se produce en el sentido de dar un nuevo origen, cuando la violencia es utilizada para constituir una forma completamente diferente de gobierno o sistema jurídico, para dar lugar a la formación de un cuerpo político nuevo, cuando la liberación de la opresión conduce, al menos, a la constitución de la libertad, solo entonces podemos hablar de revolución.²³

Es la idea de libertad la que va a ser el motor impulsor de la revolución, en este sentido, citamos las manifestaciones de Benjamín Franklin: “Donde hay libertad, allí está mi patria”, y la contestación de Paine: “Donde no hay libertad, allí está la mía”, representan las expresiones más humanitarias del siglo XVIII.²⁴

Para Arendt, la figura relevante para la historia de la revolución es Nicolás Maquiavelo, ya que fue el primero en meditar sobre la posibilidad de fundar un cuerpo político permanente, duradero y perdurable. Con leyes y principios de acción que eran independientes de la doctrina eclesiástica y de las normas morales que trascienden la esfera de los asuntos humanos, en general.²⁵

Con Maquiavelo se inicia el pensamiento político moderno, tanto en *El príncipe* como en *Los discursos de la primera década de Tito Livio*, sobre las formas de gobierno. La formación de los Estados modernos, acontece mediante transformaciones que se llevan a cabo dentro de los mismos, a consecuencia de movimientos revolucionarios, por la separación y formación de nuevos Estados con una pluralidad de pueblos que antes formaban una unidad, y a la inversa, pueblos separados entre los que existía afinidad y que logran construir una unidad política de Estado como cimiento de la nueva estructura de la realidad política.

En oposición al hombre medieval, el hombre moderno prefirió someterse al poder influenciable e impersonal de la ley, antes que al poder de una persona. El ideal de la impersonalidad y objetividad se presenta en el mundo moderno como el principio estructurador del Estado, nos creemos libres cuando estamos sometidos a una ley que se burla de cualquier acto nuestro de arbitrio u oposición.²⁶

En el Estado moderno, no solo se produjo una nueva ordenación de los espacios políticos que daba al traste con la configuración poliárquica en la que montaban su estructura el imperio medieval, además, surgió un nuevo entendimiento de la propia organización política y de sus criterios

²³ *Ibidem*, pp. 44 y 45.

²⁴ Paine, Thomas, *Los derechos del hombre*, 2a. ed., México, FCE, 1996, p. 7.

²⁵ Arendt, Hannah, *op. cit.*, p. 47.

²⁶ Heller, Hermann, *La soberanía*, 2a. ed., México, FCE, 1995, p. 85.

legitimadores. A diferencia del resto de las comunidades políticas que le precedieron en la historia, se concibió el Estado Moderno no como una gestación misteriosa de los dioses; sino como una creación racional de los hombres, en la cual la voluntad del pueblo se expresaba y se conjugaba en la propia voluntad del poder.²⁷

La unidad del Estado, su organización conforme a la constitución y su autolimitación frente al individuo son los caracteres esenciales de lo que denominamos el Estado Moderno, y lo que lo separa de todas las formas que el Estado ha revestido en el pasado.²⁸ Las teorías políticas de la época moderna contienen en mayor o menor medida la tendencia de concebir el Estado como una unidad.

La soberanía se afirmó como respuesta a una nueva organización del poder y a las relaciones entre sus aspectos jurídicos y políticos. El término de soberanía se afirma en la modernidad con la aparición del Estado, poder superior, autónomo e independiente que reúne en sus manos el derecho a decidir sobre las cuestiones políticas fundamentales.²⁹ La idea de soberanía, que constituía sin duda su nota más característica, no se centraba en consecuencia tanto en el hecho de no reconocer otro poder como superior, sino en la circunstancia de que se trataba de un poder que tenía en el pueblo su última y definitiva justificación.

A raíz de un largo proceso de desacralización de la vida pública, tenemos como consecuencia el Estado, que es una creación de los individuos y no de la divinidad, es la constitución autónoma del universo político-moral respecto de la teología, el derecho natural comienza a liberarse de sus presupuestos dogmático-religiosos y se funda sobre la naturaleza ética-racional.³⁰

Maquiavelo fue el encargado de perpetuar teóricamente el nuevo modelo de Estado y del príncipe rector del mismo. Con él, la política se convierte en un cálculo racional que se mide por los resultados positivos que puedan obtenerse. El Estado es desde estos momentos el poder por el poder, la realidad última, algo que se justifica en sí mismo, desligado totalmente de la moral cristiana y de la religión. El autor florentino esta-

²⁷ Vega García, Pedro de, “La democracia como proceso. (Consideraciones en torno al republicanismo de Maquiavelo)”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 120, abril-junio de 2003, p. 13.

²⁸ Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, México, FCE, 2000, pp. 313-314.

²⁹ Attili, Antonella, “Derecho y poder en la crisis de la soberanía”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 103, enero-marzo de 1999, p. 283.

³⁰ Ruipérez, Javier, *El constitucionalismo democrático en los tiempos de la globalización, reflexiones rousseauianas en defensa del Estado constitucional democrático y social*, México, UNAM, 2005, p. 72.

blece, en el momento que la situación está tan corrompida que las leyes no bastan para frenar dicha perversión, es preciso ordenar, junto con las leyes, a través del surgimiento de alguna fuerza superior, con autoridad absoluta y extraordinaria que limite o frene la excesiva ambición y corrupción de los poderosos.³¹

El Príncipe, una vez que se ha liberado de esos supra-poderes, debe proponerse monopolizar la fuerza y el derecho. El príncipe tiene el Poder Constituyente,³² y el poder supremo y único, es el legislador que crea el ordenamiento jurídico del Estado, que posee el poder directo o de gobierno. Es decir, posee el poder absoluto fundamentado en una razón de Estado, que está dirigida a mantener el orden social entre los súbditos y a buscar su bienestar material. En este sentido, el poder constituyente como poder omnipotente es, en efecto, la revolución misma,³³ con una fuerza impetuosa y expansiva, con un concepto ligado a la pre-constitución social de la totalidad misma.

El poder constituyente se presenta como distensión revolucionaria de la capacidad humana de construir la historia, como acto de procedimiento absoluto. El proceso movido por el poder constituyente, es de hacerlo absoluto e ilimitado,³⁴ y en el que la Revolución se debe consolidar con la creación de un nuevo ordenamiento constitucional. Por tal motivo, las revoluciones cualquiera que sea el modo en que la definamos, no son simples cambios,³⁵ sino que los cambios que busca la Revolución es la creación de un nuevo sistema jurídico o sea de una nueva Constitución.

Frente al Maquiavelo aparentemente monárquico de *El príncipe*, surge así el Maquiavelo aparentemente republicano de *Los discursos sobre la primera década de Tito Livio*. En realidad, se trata de dos simples apariencias, debido a que el problema de la tensión entre monarquías y república para él era una cuestión menor. Ya que para Maquiavelo, se debe fundar una república donde haya existido o se ha instituido una gran igualdad, y en cambio, establecer un principado donde la desigualdad sea grande pues de otro modo se hará algo desproporcionado y poco duradero.³⁶

³¹ Maquiavelo, Nicolás, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, Madrid, Alianza, 2009, pp. 170 y 171.

³² González Casanova, J. A., "La idea de Constitución en Karl Loewenstein", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 139, 1965, p. 215.

³³ Negri, Antonio, *op. cit.*, p. 19.

³⁴ *Ibidem*, p. 45.

³⁵ Arendt, Hannah, *op. cit.*, p. 25.

³⁶ Maquiavelo, Nicolás, *op. cit.*, p. 172.

Lo que no se puede olvidar cuando se refiere al pueblo como manifestación del poder democrático, o sea, del Poder Constituyente, ya no se invoca al concepto mítico y eterno de pueblo como una entidad simbólica, sino como ente real. El gran mérito del autor florentino fue el hecho de haber sido el primero en percatarse de que para salvar la democracia de las mistificaciones y corrupciones ideológicas, el bien común tenía que descender de los cielos metafísicos a la tierra, dejando de ser un reflejo de un orden natural, exterior a los hombres, para pasar a ser una creación de la voluntad humana.³⁷

Por todo lo anterior, Arendt afirma que se puede considerar a Maquiavelo como el padre espiritual de la revolución;³⁸ pero como un movimiento en busca de la libertad y que finalice con la elaboración de un nuevo texto constitucional, solo si reúne estos dos elementos lo podemos considerar como Revolución.

En este sentido, se puede afirmar que la primera vez que se utiliza el concepto de Revolución como lo entendemos —un acto de libertad—, es el 14 de julio de 1789, en París, cuando Luis XVI es informado por el duque de la Rochefoucauld-Liancourt sobre la toma de la Bastilla, la liberación de algunos presos y la huida de las tropas reales ante un ataque del pueblo. El famoso diálogo que se produjo entre el monarca y su mensajero es revelador. Según se dice, el rey manifestó “C’est une revolté”, a lo que Liancourt respondió: “Non, Sire, c’est une révolution”.³⁹

La percepción que se le da, es que este estallido se da con tanta fuerza, que escapa la posibilidad del poder humano de detenerlo, en otras palabras, es rebelde a una integración total a un sistema jerarquizado de normas y competencias, ya es de diversa naturaleza que el derecho, y actúa como un poder omnipotente. La forma de desenvolverse una Revolución resulta impredecible ya que sigue sus propias reglas, incluso puede devorar a los propios individuos que la han convocado. Por eso tan revelador lo dicho por Vergniaud, orador de la Gironda, al llevar a la analogía a la Revolución con Saturno, “La revolución devorando a sus propios hijos”,⁴⁰ no existe mejor ilustración que la obra del gran pintor español

³⁷ Vega García, Pedro de, “La democracia como proceso (consideraciones en torno al republicanismo de Maquiavelo)”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 120, abril-junio de 2003, p. 21.

³⁸ Arendt, Hannah, *op. cit.*, p. 48.

³⁹ *Ibidem*, p. 63.

⁴⁰ *Idem*. El mejor ejemplo de esto lo tenemos en la Revolución francesa, los hijos que incitaron la Revolución terminaron siendo devorados por ésta, como es el caso de Robespierre con su régimen del terror donde sentenció a sus compañeros de movimiento

Goya, *Saturno devorando a sus hijos* elaborado en 1819, en la cual se refleja la crueldad, barbarie e inhumano que puede llegar a ser una revolución.

Sin embargo, es en este movimiento, en la que se encuentra la intención de creación de algo nuevo, pero como premisa la liberación del pueblo o reivindicación de éste. Es aquí en donde Poder Constituyente y revolución producen una simbiosis con el objetivo de elaborar un texto democrático que reivindique la dignidad del ser humano. Por eso, la transformación de los Derechos del Hombre del 26 de agosto de 1789 en derechos, fue el momento crítico no solo de la Revolución francesa, sino de todas las revoluciones que iban a seguirla.

En este sentido, para Carpizo, la verdadera Revolución mexicana inicia en 1913 y no en 1910, pues en esta última fecha no implicó un cambio fundamental de esencia en las estructuras económicas. Fue un movimiento que en 1910 tuvo una finalidad política doble: derrocar al dictador y llevar a la Constitución el principio de no-reelección. Sin embargo, este movimiento se convirtió en social en 1913 efectuado por el pueblo con el objetivo de cambiar las estructura económicas, políticas y sociales del país.⁴¹

En México, los principales documentos constitucionales se han generado por movimientos revolucionarios.⁴² A partir de la guerra de Independencia se promulgó la Constitución de 1814; posteriormente, el Acta Constitutiva de la Federación y la primera Constitución Federal, ambas de 1824. A la Revolución de Ayutla correspondió la Constitución de 1857 y la Revolución mexicana originó la Constitución de 1917. Los textos constitucionales centralistas surgieron de un golpe de Estado técnico en 1836 o de un constituyente aristocrático de 1843 y 1853.

Lo que debemos tener claro, es que no puede existir el derecho a la revolución ya que, lo que pretende ésta es abolir el derecho vigente. La revolución es por excelencia una figura antijurídica, pero es a partir de

Danton y Hébert. Sin embargo, a la postre esta criatura antijurídica terminaría devorándolo al mismo Robespierre, por tal motivo tan ejemplificadoras las palabras de éste “los carniceros de hoy, serán las reses del mañana”. Rohden, Peter, *Robespierre, Die Tragödie des politischen Ideologen*, Berlín, Holle & Co., 1935, pp. 456 y ss. Otro ejemplo más reciente e igualmente de revelador lo tenemos en México y su Revolución que originó la Constitución de 1917; Venustiano Carranza, Emiliano Zapata, Francisco Villa fueron devorados por este poder.

⁴¹ Carpizo, Jorge, *Estudios Constitucionales*, 9a. ed., México, Porrúa, 1991, pp. 47 y ss.

⁴² No se toman en cuenta el Estatuto de Bayona, ni la Constitución de Cádiz de 1812, en virtud de que son leyes que se elaboraron en el extranjero, que aunque tuvieron vigencia en la Colonia no son autóctonas.

su resultado que surge un nuevo sistema jurídico el cual es denominado Constitución.

V. CONSTITUCIÓN LEGÍTIMA O LEGAL

Una de las discusiones más importantes y candentes que versa sobre la Constitución es el elemento que debe contener, ya que para algunos resulta imprescindible el elemento de la legalidad, mientras que para otros lo importante es que sea legítima.

Se considera legal, si la elaboración de dicho texto se llevó a cabo de acuerdo a un procedimiento preestablecido en el que se siguen todas las formas para la aprobación de éste. Los que se decantan por este posicionamiento, son los que consideran que la *Verfassungsänderung*, carece de límites, por tal motivo a través de ésta se puede hacer una reforma total del ordenamiento o se puede convocar a una Asamblea Constituyente. Como lo comentamos al inicio de este artículo, es la tendencia que actualmente está predominando en Latinoamérica. Los países que asumen esta posición son los siguientes: Colombia (374); Costa Rica (196); Cuba (137); Ecuador (444); Guatemala (278); Nicaragua (193); Panamá (314); Perú (32); Uruguay (331); Venezuela (347), al grado de poder expedir una nueva Constitución.⁴³

Desde esa perspectiva, la Constitución de 1917 no tiene su fundamento de validez en su antecesora, la Constitución de 1857, ya que se creó sin seguir el procedimiento que aquella indicaba para su reforma en su artículo 127⁴⁴ y, por tanto, en clara violación al artículo 128⁴⁵ de esa carta fundamental.

⁴³ Véase a Wong Meraz, Víctor Alejandro, “Los derechos fundamentales y humanos como límite a la reforma constitucional, desde la perspectiva democrática y humanística”, *cit.*, p. 258.

⁴⁴ Constitución Mexicana de 1857, “artículo 127: La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la Constitución, se requiere que el Congreso de la Unión por el voto de las dos terceras partes de sus individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los estados. El Congreso de la Unión hará el cómputo de los votos de las legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas”.

⁴⁵ Constitución Mexicana de 1857, artículo 128: Esta Constitución no perderá su fuerza y vigor, aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia. En caso de que por un trastorno público se establezca un gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego como el pueblo recobre su libertad, se restablecerá su observancia, y con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubiesen

En este sentido, Kelsen establece que las normas de un orden jurídico tienen validez en tanto no se les pone término a su validez conforme a las determinaciones del propio orden jurídico, debido a que las Constituciones escritas establecen procedimientos mediante los cuales pueden ser modificadas,⁴⁶ o hasta que sea reemplazada por la validez de otra norma de ese orden jurídico.

Para Gamas Torruco, en un sentido estricto, las normas fundamentales en México, carecen de toda legitimidad desde la perspectiva formal,⁴⁷ ya que la actuación del poder constituyente no siguió el procedimiento que se establecía en las Constituciones anteriores para sus propias modificaciones. En el pensamiento formalista de Kelsen se establece, que una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado, sino por haber sido producida de determinada manera, y, en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica.⁴⁸

Para Kelsen el fundamento de validez de la Constitución del Estado se encuentra en una Constitución anterior. Si este método lo continuáramos, llegaríamos a una primera Constitución histórica del Estado, que no habría surgido a través del procedimiento para producir normas, sino que sería una norma implantada o presupuesta. La norma fundante básica no puede ser una norma querida, sino impuesta, no obstante, lógicamente es imprescindible su enunciación en la premisa mayor de un silogismo que fundamente la validez objetiva de las normas, por tal motivo, solo puede ser una norma pensada; en consecuencia es una norma que es imaginada como presupuesto de un orden coactivo, eficaz en términos generales, como un sistema de normas jurídicas válidas.

Para este autor habrá una carta fundamental del Estado que será implantada revolucionariamente, esto es, mediante ruptura con la Constitución estatal persistente, cuya validez hubiera sido implantada en un dominio que previamente no habría sido, en general, dominio de validez de ninguna Constitución estatal, ni del orden jurídico estatal que en ella se sustenta.⁴⁹ Kelsen tendrá que aceptar que existe una Constitución que no puede seguir el procedimiento formal para su creación, sino que es únicamente el supuesto del cual se parte.

expedido, serán juzgados, así los que hubieren figurado en el Gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieren cooperado a ésta”.

⁴⁶ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 14a. ed., México, Porrúa, 2005, p. 217.

⁴⁷ Gamas Torruco, José, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 2001, p. 162.

⁴⁸ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, cit., p. 205.

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 207 y 208.

Según lo anterior, solo la *Grundnorm* o norma fundante básica cumple el papel de Poder Constituyente, como hipótesis abstracta que crea todo el ordenamiento jurídico. La *Grundnorm* es, la norma inicial, punto de imputación suprema, irrebutable, contemplada desde todos los escalones inferiores. Por encima de ella no hay derecho alguno, sólo el vacío normativo.⁵⁰ La legalidad comienza a aparecer como el medio privilegiado para la legitimación del poder político, en la medida que progresivamente la legalidad llega a ser presentada en muchas interpretaciones como la única legitimación posible del Poder Constituyente.

En nuestro criterio, la ley fundamental, como conjunto unitario y coherente de normas, no es producto de una invención o teorización de los juristas, sino una realidad existente. Por tal motivo, no podemos perdernos en la discusión de darle una explicación o justificación jurídica a las cartas magnas, ya que esto implica irnos del “Leviatán político del Absolutismo, al Leviatán jurídico del Positivismo y la relación Hobbes-Kelsen y todo el Positivismo se pone claramente de manifiesto”⁵¹ porque de los elementos de legalidad y legitimidad de las leyes fundamentales, las Constituciones pueden subsistir sin el primero, pero jamás podrán perdurar sin el segundo. La Constitución obtiene su legitimidad del Poder Constituyente, asumiendo todos los valores de la realidad y a la vez legítima todo el sistema jurídico que de ella emane.

En el caso de México, coincidimos con Carpizo al establecer que la fuente mediata de la Constitución mexicana de 1917, es el movimiento social de 1910. La serie de hechos ocurridos entre 1910 y 1916,⁵² originaron que se creara una nueva Constitución que fue aceptada y respaldada por amplios sectores de la sociedad mexicana. Nuestra carta magna actual es el fruto del primer movimiento social que vio el mundo en el siglo XX.⁵³

En este sentido la Constitución de 1917 obtiene su legitimación, entendiendo que las Constituciones pueden carecer de legalidad o como le

⁵⁰ Lucas Verdu, Pablo, “El orden normativista puro”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 68, 1990, p. 26.

⁵¹ Cabo Martín, Carlos de, *Teoría constitucional de la solidaridad*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 43.

⁵² Carpizo, Jorge, y Carbonell, Miguel, *Derecho constitucional*, 2a. ed., México, Porrúa, 2005, pp. 5 y 6.

⁵³ Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, 14a. ed., México, UNAM, 2004, p. 9.

llaman algunos autores de legitimidad formal, sin embargo, de lo que no pueden carecer es del elemento de legitimidad.⁵⁴

En consecuencia, y siguiendo a Carpizo en su exposición,⁵⁵ la fuente del nuevo Constituyente, no es el orden jurídico que fallecía, sino el movimiento social que conmovía al país, la vida que sufría y exigía mejorar; los miles y miles de viudas y huérfanos, que anhelaban que de la sangre del ser querido brotara una realidad que mejorara su precaria condición económica. Al igual que no se dudó de la legitimidad del Constituyente de 1856-1857, que no había seguido el procedimiento que establecía la Constitución de 1824,⁵⁶ no se puede objetar la legitimidad del Constituyente de 1917, y posteriormente el producto de éste que es la carta magna que se encuentra en vigor en la actualidad.

El Poder Constituyente es rebelde a una integración total en un sistema jerarquizado de normas y competencias, ya que es de diversa naturaleza que el derecho, y actúa como un poder omnipotente. De acuerdo con Negri es la revolución misma.⁵⁷ No obstante, el Poder Constituyente se hace presente en procesos no revolucionarios y cuyo resultado es la creación de una nueva Constitución. En este sentido Häberle establece que en la historia constitucional el Poder Constituyente ha prevalecido unas veces de manera “revolucionaria” y en otras de modo evolutivo.⁵⁸

⁵⁴ Schmitt, Carl, *Teólogo de la política*, México, FCE, 2001, pp. 247 y ss.

⁵⁵ Este autor establece que: “El 14 de Septiembre de 1916, Carranza dio a conocer el derecho que reformó algunos artículos (4o., 5o. y 6o.) del plan de Guadalupe. En los considerandos explicó que la Constitución de 1857, a pesar de la bondad de sus principios, no era la más adecuada para satisfacer las necesidades públicas; que en ella se corría el peligro de que el ejecutivo absorbiera a los otros dos poderes, creando una nueva tiranía. Que el gobierno podría establecer por las reformas expedidas por la primera jefatura, pero ello sería objeto de las más acérrimas críticas por parte de los enemigos del movimiento social; por esto, el camino indicado, exprese su voluntad. Comentaba que si no se seguía el cauce que la misma Constitución establecía para convocar al constituyente, ello no era ningún obstáculo, pues opinaba que esta facultad sólo la podía ejercer en la forma que le ordenaba la Norma Fundamental; pero esto no quería decir que ello fuera impedimento para el libre ejercicio de la soberanía por el pueblo mismo. Además, agregaba, nadie había puesto en duda la legitimidad del Congreso Constituyente de 1856-1857, a pesar de que no había seguido el procedimiento que establecía la Constitución de 1824, por estas razones no veía la manera en que se podría objetar la legalidad del nuevo Constituyente y la legitimidad de su obra”. Carpizo, Jorge, *La Constitución de 1917*, cit., pp. 48 y 49.

⁵⁶ El procedimiento para la reforma de la Constitución de 1824, se establecía en la Sección VII, en los artículos 163 al 170.

⁵⁷ Negri, Antonio, *op. cit.*, p. 19.

⁵⁸ Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, México, UNAM, 2003, p. 129.

Los ejemplos históricos son innumerables; por ejemplo, la Carta francesa de 1958.

En la revolución o movimiento social, tanto el derecho como la Constitución, se configuran como una figura racional. El poder Constituyente se presenta como separación entre la revolución y la capacidad humana de construir la historia, como acto de procedimiento absoluto.

El Poder Constituyente puede dar forma a un sistema normativo enteramente propio, cuyas normas reciben de la Constitución su condición de tales y tienen en la propia carta magna, el parámetro, exclusivo, de validez. La norma fundamental decide por voluntad del poder constituyente, el conjunto del orden jurídico que ha de operar en el territorio sobre el cual tiene su validez.

En este sentido, Jellinek señala que los acontecimientos extraordinarios rompen la unidad del derecho y si no es posible encontrar una decisión para un caso concreto en las normas jurídicas, entran los hechos en lugar del derecho, transformándose en las bases para la elaboración del derecho.⁵⁹ Por tal motivo, el poder Constituyente es la capacidad de organizar una estructura dinámica, de construir una forma que, a través de compromisos, conforma balances de fuerzas, ordenamientos y equilibrios, que recupera, sin embargo, siempre la racionalidad de los principios, esto es la adecuación material de lo político frente a lo social y a su movimiento indefinido.⁶⁰

En consecuencia, el poder Constituyente no puede ser definido jurídicamente en términos de constitucionalidad o inconstitucionalidad,⁶¹ de legalidad o ilegalidad. Por el contrario, sí puede y debe ser definido políticamente en términos de legitimidad. Este Poder tiene que ser legítimo, susceptible de ser explicado en términos racionales y aceptado por la sociedad política o pueblo. El poder Constituyente actúa, en un vacío de legalidad, pero no de legitimidad.⁶²

⁵⁹ Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, cit., p. 278.

⁶⁰ Negri, Antonio, *op. cit.*, p. 371.

⁶¹ Para Negri, la pretensión del constitucionalismo de regular jurídicamente el Poder Constituyente, no es sólo estúpida, porque y cuando quiere dividirlo; lo es sobre todo cuando quiere bloquear su temporalidad constitutiva. A raíz de que el constitucionalismo es una doctrina jurídica que conoce solamente el pasado, es una continua referencia al tiempo transcurrido, a las potencias consolidadas y a su inercia, al espíritu replegado, por el contrario el poder constituyente es siempre y fuerte y futuro. Negri, Antonio, *op. cit.*, p. 29.

⁶² Mora-Donatto, Cecilia, *El valor de la Constitución normativa*, México, UNAM, 2002, p. 27.

Para Burgoa, la legitimidad de una Constitución deriva puntualmente del carácter genuino del órgano que la crea, toda vez que el efecto participa de la naturaleza de la causa.⁶³ Por tal motivo, para poder determinar si la norma fundamental es legítima, hay que establecer si el autor lo fue, en este caso la Asamblea Constituyente de Querétaro de 1917.

Como hemos señalado en líneas anteriores, la legitimidad de la Constitución mexicana de 1917 la obtuvo con el movimiento social que la impulsó; no obstante, este autor agrega otros elementos, como el histórico y la aceptación a quienes va destinada la carta magna. En principio no se requiere que la Constitución deba ser necesariamente la manifestación genuina y auténtica de la voluntad soberana, ni que se haya expedido por un colegio o asamblea constituyente en el que verdaderamente hubiese estado representada la mayoría, por no decir la totalidad, del pueblo, sino que se funda en la aceptación consciente, voluntaria y espontánea, tácita o expresa de esa mayoría respecto del orden jurídico, político y social por ella establecido.⁶⁴

En la historia de México se puede afirmar que se han instalado en el país 12 asambleas constituyentes, y se produjeron 16 documentos constitucionales, sin embargo, de estos textos solo podemos considerar como Constitución, las federalistas de 1824, 1857, 1917, y las centralistas de 1836 y 1843. Los otros documentos constitucionales, no alcanzaron la fuerza o legitimidad para tener una verdadera vigencia.⁶⁵

Por otra parte, otro elemento de legitimidad que ostenta nuestra carta magna es su vigencia de casi un siglo. Uno de los motivos por el que nuestra Constitución ha sido tan longeva, es por su capacidad de reformarse para adecuarse a la realidad cambiante con las aspiraciones y determinaciones del pueblo mexicano.

La legitimidad de la Constitución no consiste exactamente en la aceptación pormenorizada de la letra de todos los preceptos, sino en la aceptación social de su significado, insertándola en la cultura política de nuestro país, es decir, forma parte de nuestra propia manera de ser.⁶⁶ Nuestra carta magna quizá no es perfecta; sin embargo, posee una

⁶³ Burgoa, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, 17a. ed., México, Porrúa, 2005, p. 328.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 330.

⁶⁵ Wong Meraz, Víctor Alejandro, *Constitución mexicana, reforma y mutación*, México, Porrúa, 2010, p. 67.

⁶⁶ Aragón Reyes, Manuel, *Estudios de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 60.

amplia legitimidad,⁶⁷ por tal motivo, coincidimos con Carpizo cuando afirma que criticar por criticar a nuestra Constitución sin reconocer sus bondades, sin entender la situación política en que fue creada, es desconocer la historia de México. Los errores de nuestra Constitución deben ser puestos de relieve para superarlos, y sus virtudes, para sentirnos orgullosos.⁶⁸

Negri resalta el hecho de que el poder constituyente es un proceso histórico continuo, no limitado por sus determinaciones inmediatas, sino temporalmente abierto, que lo absoluto constitucional se separa y se justifica en las dinámicas que desarrollan y que, por tanto, poder constituyente y poder constituido no representan un círculo vicioso, sino que se legitiman progresivamente en un círculo virtuoso.⁶⁹

En la medida en que el constitucionalismo adquiere una proyección histórica cada vez más amplia y, en la práctica, se demuestra que las normas fundamentales, sometidas a la dinámica de la realidad, sufren transformaciones inevitables, se generalizará la conciencia de que bajo ningún concepto puede entenderse como leyes permanentes y eternas,⁷⁰ sino de normas que se encuentran en constante cambio para adecuarse a su realidad dinámica.

La Constitución de 1917 es obra de una asamblea constituyente *ad hoc*, que se reunió en la ciudad de Querétaro en 1916; en ella se creó y organizó a los poderes constituidos, dotados de facultades expresas y por ende limitadas, además instituyó frente al poder de las autoridades los derechos de la persona. Una vez que logró su cometido, esta Asamblea desapareció como tal y en su lugar empezaron a actuar los poderes constituidos, dentro de sus facultades. Para Tena Ramírez existe una distinción entre el poder que confiere las facultades de mando y los poderes que ejercitan esas facultades.⁷¹

Para Fix-Zamudio, nuestra carta fundamental es el resultado de un movimiento revolucionario, en el que la sociedad mexicana se queda sin derecho, y surge la necesidad de una Constitución. Es en este momento en el cual el pueblo ejerce el Poder Constituyente y lo delega en el órga-

⁶⁷ Es una expresión que utiliza Manuel Aragón para referirse a la Constitución Española de 1978. *Ibidem*, p. 77.

⁶⁸ Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, cit., p. 114.

⁶⁹ Negri, Antonio, *op. cit.*, pp. 37 y 38.

⁷⁰ Vega García, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, cit., p. 59.

⁷¹ Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 26a. ed., México, Porrúa, 1992, p. 18.

no constituyente de la Asamblea de Querétaro. Al publicarse el ordenamiento, se marcó el término de la actividad del poder constituyente y el inicio de las funciones de los poderes constituidos.⁷²

Dentro de esta lógica del Estado constitucional, el poder constituyente cede su lugar a la propia norma creada por él. Los poderes del Estado pasan a ser así poderes constituidos, y la Constitución se configura como ley suprema.⁷³

Resulta inverosímil que el Poder Constituyente asuma competencias legislativas ordinarias, porque la forma de manifestarse es por medio de convenciones o asambleas que elaboran los proyectos de la carta magna, y se instauran con la única finalidad de realizar este propósito. Además, esta imposibilidad es mutua, puesto que así como el Poder Constituyente, se encuentra inhibido de realizar funciones de poderes constituidos, éstos tienen prohibido ejercitar las competencias constituyentes.

El gobierno o Poder Ejecutivo al igual que los demás poderes constituidos se basan en el principio de legalidad, ya que no pueden ejercer más facultades que las que están expresamente establecidas en la Constitución o la ley. El Poder Constituyente, por el contrario, no tiene necesidad más que de su realidad, porque es origen de toda legalidad,⁷⁴ su actuación es el origen de todo y por tal motivo existen ante todo, por eso la Constitución va a dar inicio de la legalidad. Una de las aportaciones más importantes al constitucionalismo, la realizó Sieyès,⁷⁵ al diferenciar los poderes constituidos, que están regulados, por leyes fundamentales o constitucionales (como cuerpo legislativo), del Poder Constituyente, que reside en la nación.⁷⁶

La distinción entre poder Constituyente y poderes constituidos, y en particular entre poder constituyente y poder de reforma constitucional,

⁷² Fix-Zamudio, Héctor, y Valencia Carmona, Salvador, *op. cit.*, p. 98.

⁷³ Vega García, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, *cit.*, pp. 34 y 35.

⁷⁴ Sieyès, Emmanuel J., *¿Qué es el Tercer Estado?*, *cit.*, p. 110.

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 34 y ss., 47, 61 y ss., 97 y ss.

⁷⁶ Para Sieyès el poder Constituyente se forma sólo por el derecho natural. Su voluntad no se encuentra sujeta a Constitución alguna: “De cualquier manera que una Nación quiera, basta que quiera; todas las formas son buenas, y su voluntad es siempre ley suprema”. Por ende, no puede ni debe restringirse a formas constitucionales, ya que es el origen de toda legalidad. Su distinción entre poder Constituyente y poder constituido, propone que el ejercicio del primero no esté en manos de representantes ordinarios, sino extraordinarios, que operen en lugar de la nación misma, sin estar sometidos a reglas constituciones sobre las que tienen que decidir. Sagüés, Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 2004, p. 25.

conserva una gran importancia con el fin de establecer la continuidad de la carta magna.⁷⁷ Es en esta tensión, por un lado, el apremio del poder constituyente de desempeñar funciones legislativas ordinarias, y por el otro, el peligro del poder constituido a realizar competencias constituyentes, se viene a situar la problemática de la reforma constitucional.

VI. PROBLEMÁTICA DEL PODER CONSTITUYENTE

La problemática del poder constituyente se centra en varias vertientes, desde la definición como poder soberano hasta el destino de este poder una vez que la carta magna ha sido aprobada o establecida.⁷⁸ Otro de los problemas relativos al Poder Constituyente estriba en si su obra maestra que es la Constitución, se encuentra por encima de él, y si éste es un poder ilimitado por su propia naturaleza.

Para iniciar debemos entender que la obra del Poder Constituyente, es el documento en el cual se declaran y establecen los principios políticos jurídicos que rigen a un país. De esta forma, para Schmitt, la Constitución es una decisión consciente de la unidad política, a través del titular del poder constituyente, que adopta por sí mismo y se da a sí mismo, su ordenamiento. Ha de entenderse que el Poder Constituyente actúa como poder político soberano.

Una Constitución supone ante todo un Poder Constituyente, sin este, no puede haber carta magna, ella nace del actuar de este Poder.⁷⁹ La principal manifestación del Poder Constituyente, se encuentra representada por la Constitución, en otras palabras, estas dos figuras van unidas, como el creador a su criatura.

La titularidad del Poder Constituyente es una característica de la legitimidad del mismo. Por tal motivo, es en este preciso momento en que el Poder Constituyente y la soberanía coinciden,⁸⁰ en virtud de que quien puede crear la Constitución como ley fundamental, es considerado como soberano. Sin embargo, el concepto de Soberanía ha sido un vocablo extremadamente difícil de precisar. Jellinek afirma que dicho concepto en

⁷⁷ Vegottini, Giuseppe de, *op. cit.*, pp. 128 y 129.

⁷⁸ Vega García, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, *cit.*, pp. 27 y 28.

⁷⁹ Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, *cit.*, p. 65.

⁸⁰ González Casanova, J. A., *Teoría del Estado y derecho constitucional*, 2a. ed., Barcelona, Vicens-Vives, 1982, p. 211.

el pensamiento jurídico político y en la realidad histórica política misma han denotado ideas distintas.⁸¹ Así, para Tena Ramírez el concepto de soberanía ha sido, desde el siglo XV hasta nuestros⁸² días, uno de los temas más debatidos del derecho público.

Por ejemplo Carré de Malberg atribuye la problemática del concepto de Soberanía a una cuestión de idiomas, ya que el peligro de los términos de doble sentido es introducir la confusión de las ideas. Para este autor, desgraciadamente el idioma francés es bastante escaso de medios, en cambio el vocabulario jurídico alemán ofrece más recursos y permite más claridad en las teorías del derecho público. Los alemanes tienen a su servicio tres términos correspondientes a las tres nociones distintas que la literatura francesa confunde bajo la expresión única de soberanía. Primero tienen la palabra de *Souveränität*, que han tomado del idioma francés, y aplican a la potestad estatal cuando quieren significar su absoluta independencia. Tienen después la palabra *Staatsgewalt*, que designa la potestad del Estado, en cuanto ésta consiste en poderes efectivos. Por último, en cuanto a los órganos, al menos para designar el monarca, emplean la palabra *Herrscher*, que sugiere la idea de un poder de dominación y mando.⁸³

El Poder Constituyente se encuentra estrechamente relacionado a un determinado concepto de soberanía. Son dos figuras, que aunadas a la de Constitución, se entrelazan, ya que depende una de las otras, en virtud de que sin Poder Constituyente no hay Constitución, sin embargo sin soberanía no hay Poder Constituyente.

Como hemos comentado en líneas anteriores, los conceptos de soberanía, Poder Constituyente y Constitución son figuras que se encuentran estrechamente unidas. El vocablo de soberanía es uno de los más polémicos, igualmente resulta ser la figura o concepto de Constitución. Por tal motivo, para García Pelayo, la Constitución es una figura polifacética, que se expresa tanto en el orden real como conceptual, en la cual se expresan y se conectan diversas esferas de la realidad, por lo cual se trata de

⁸¹ Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, cit., p. 401

⁸² Tena Ramírez, Felipe, cit., p. 3.

⁸³ Continúa Carré de Malberg afirmando, que a pesar de todo, el idioma francés se prestaría también a ciertas definiciones necesarias. Si bien conviene conservar la antigua palabra francesa de soberanía en su sentido de potestad superlativa, hay que abstenerse de emplearla cuando se quiere designar no ya la cualidad suprema del poder de los Estados soberanos, sino este mismo poder considerado en sus elementos activos: el término más apropiado es entonces el de potestad del Estado. Carré de Malberg, R., *Teoría general del Estado*, 2a. ed., México, FCE, 1998, pp. 95 y 96.

tres momentos de una misma realidad, que como tales no solo se suponen, sino que se condicionan mutuamente.⁸⁴

Para Heller, soberanía y Poder Constituyente son equiparables, y este último crea el derecho entendido como la organización estatal. Para este autor el Estado es soberano ya que significa que el más alto poder decisorio corresponde al Estado como unidad y en manera alguna a un sujeto individual, “el Estado es concebido como unidad de voluntad, resultante de una pluralidad de voluntades, no subordinada a ninguna otra unidad política decisoria superior”.⁸⁵

Únicamente si se considera de antemano al individuo que surge con y por la comunidad, e insertado en ella, y se observa a la comunidad como algo que existe y vive en y con los individuos, se evita el que uno se convierta en una mera función del otro, proclamándose así la verdadera estructura de la realidad social. La relativa permanencia de la forma abierta, a través de la cual circula el tiempo, se explica por la relación dialéctica entre el todo y los miembros, en virtud de la cual la conducta del individuo se estima condicionada y determinada por la conexión. La realidad social de los grupos humanos se basa, pues, en la cualidad que éstos tienen de ser estructuras capaces de decisión y acción.⁸⁶

Con la afirmación anterior, entendemos la necesidad de establecer una relación explicativa entre los conceptos Poder Constituyente y la base legitimadora del ejercicio del poder público, la soberanía. De esta manera, poder constituyente y soberanía, se entrecruzan de tal forma que para explicar el primero necesariamente debemos acudir al segundo, de tal manera que complica nuestro objeto de estudio, ya que para exponer el concepto de soberanía existen muchas corrientes y autores, generalmente vinculados a definiciones fundadas en experiencias nacionales y en las diferentes épocas en que florecen.

VII. PROCESO CONSTITUYENTE

El poder de construir o Poder Constituyente puede significar cosas distintas, según el término que utilicemos de Constitución; ya que no es lo

⁸⁴ García Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, 7a. ed., Madrid, Alianza, 1993, pp. 99 y 100.

⁸⁵ Heller, Hermann, *La soberanía*, cit., p. 164.

⁸⁶ Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, cit., p. 119.

mismo constituir una sociedad política que elaborar, aprobar y promulgar el documento más importante para un pueblo llamado “Constitución”.

En un sentido muy general “Constitución” es un ordenamiento unificador en oposición a la anarquía, ya que lo que pretende esta codificación es dirigir las relaciones estatales. Por tal motivo, la norma fundamental no es solo objetiva, sino también limitativa de los poderes del Estado. En el Estado constitucional, todo poder estatal es legal solo en la medida en que se pueda fundar en una norma de la Constitución.⁸⁷

Para González Casanova implica que, si en el primer caso, la constitución material de una sociedad política es el producto o fruto de la política, con lo cual el régimen de las cosas que se materializan en un Estado. En este caso, el poder constituyente es la efectiva y dinámica interacción de los poderes sociales, estos entendidos como libertades, como derechos, como comportamientos usuales y normales de los individuos y de grupos.⁸⁸ Sin embargo, si entendemos por “Constitución” como la creación de un texto legal que pretende regular la organización de los poderes políticos del Estado y las relaciones entre ellos, con el propósito de garantizar determinados derechos y libertades de los ciudadanos.

El proceso constituyente es la forma en que actúa, la manera en que realiza su acción el Poder Constituyente. La actividad va dirigida a la elaboración de una Constitución. La formación de las cartas magnas procede de órganos y procedimientos que pueden examinarse fácilmente solo en la hipótesis de elaboración de Constituciones escritas⁸⁹ generalmente consolidadas.⁹⁰

⁸⁷ La ley fundamental es el centro de la estructura fundamental del Estado, el punto arquidémico de su sistema de legalidad, la norma de normas, que debe destruir todos los actos antagónicos, aún los de los máximos órganos estatales. Kāgi, Werner, *La Constitución como elemento jurídico fundamental del Estado, investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno derecho constitucional*, Madrid, Dykinson 2005, pp. 79-80.

⁸⁸ González Casanova establece que el Estado no se funda en un solo acto, sino a lo largo de un proceso histórico, que nunca surge de la nada y que jamás produce una ruptura radical con la continuidad de la historia humana. González Casanova, J. A., *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, cit., p. 210

⁸⁹ Bryce señala que en toda Constitución escrita debe haber y hay, algún elemento de uso no escrito; en tanto que en las llamadas no escritas, existe una fuerte tendencia a considerar las recopilaciones de costumbres o de precedentes como obligatorias, lo que tiene como resultado que tales escritos sean casi equivalentes a una ley formalmente dictada; a esto podríamos añadir que las Constituciones no escritas, si bien originaron en las costumbres, siempre contiene algunos estatutos. Bryce, James, *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 7.

⁹⁰ Para Vergotini, también le otorga cierta importancia, especialmente en el pasado de las elaboraciones consuetudinarias, en la actualidad superada, en cuanto

No obstante, existen casos que carecen de legalidad desde el punto de vista formal para la actuación del Poder Constituyente. Esto se da cuando una revolución abroga o por lo menos cambia sustancialmente el orden jurídico anterior, ya que implica una división en la sociedad que se aclara sólo con el triunfo de una de las corrientes y la legitimidad que la misma le conceda aceptando el nuevo orden establecido, como consecuencia de todas las revoluciones se proclaman portavoces de la voluntad popular; y de que en la norma fundamental recién creada, se hace valer su origen en la voluntad del pueblo mismo.⁹¹

De acuerdo con Schmitt,⁹² “no puede darse un procedimiento regulado al cual se encuentre vinculada la actividad del poder constituyente”, en virtud de que el pueblo manifiesta su poder constituyente mediante cualquier expresión reconocible de su inmediata voluntad de conjunto, dirigida hacia una decisión sobre modo y forma de anuencia de la unidad política.

La afirmación de Schmitt significa que no existe una norma o fuente de derecho anterior que legitime ese poder. En sentido estricto, el poder constituyente no es jurídico, sino político, ya que es previo a toda norma jurídica objetiva, sin embargo, en la historia tal poder nunca surge de la nada. El ejercicio previo de unos poderes-derechos subjetivos es el que permite establecer el acto formal y solemne de creación de una Constitución.

El ejercicio del poder constituyente no se produce en un solo acto y de una vez para siempre. Por mencionar tan solo la creación de una ley fundamental (y no el lento transcurso de formación de la llamada Constitu-

la tendencia a sustituir por el recurso predominante de textos. Vergottini, Giuspe de, *Derecho constitucional comparado*, cit., p. 126.

⁹¹ Gamás Torruco, José, *Derecho constitucional comparado*, cit., p. 162.

⁹² Schmitt realiza un análisis a la actividad del poder constituyente del Monarca, en la cual esta se regula a sí misma, sencillamente, por cuanto que la Monarquía absoluta es una institución establecida. Es precisamente en este instante en que nos encontramos ya en presencia de una organización constituida, con lo cual tiene ventaja práctica y teórica, consistente en que hay una entidad firme cuyas manifestaciones de voluntad son claras. Sin embargo, las desventajas prácticas y teóricas son aún mayores, pues la organización e institución de la Monarquía descansa en el principio dinástico, es decir, en la sucesión hereditaria dentro de una familia, y, por lo tanto, no en conceptos específicamente políticos, sino en los Derechos de familia.

El Monarca, manifiesta su poder constituyente emitiendo, desde la plenitud de su poder, una Constitución, otorgada por acto unilateral. Puede entenderse con representantes de los estamentos o del pueblo y vincularse a su cooperación o anuencia. Sin embargo, esto no requiere renuncia del poder constituyente, ni contiene un reconocimiento del por parte del pueblo. Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 99.

ción material), digamos que supone la culminación de un proceso típico de unas circunstancias históricas y políticas determinadas, que, en virtud de la finalidad que lo preside, adopta un procedimiento peculiar, más o menos típico también.⁹³

Podemos entender que existen tres aspectos fundamentales del proceso constituyente:

- a) El acto constituyente que es el hecho o hechos en los que se manifiesta una voluntad política, cuya eficacia permite al pueblo organizarse en sociedad civil o Estado.
- b) El Poder Constituyente, que consiste en la suprema capacidad y dominio del pueblo sobre sí mismo al darse, por su propia voluntad, una organización política y un ordenamiento jurídico.
- c) La Constitución que es, al mismo tiempo, organización del Estado y orden jurídico para la sociedad.⁹⁴

El acto constituyente es un hecho realizado por el pueblo; el poder constituyente es aptitud y cualidad de la función perteneciente al pueblo; la Constitución es la normación institucional que se da el pueblo. Estos tres elementos o aspectos son imprescindibles, ya que no se puede concebir la falta o ausencia de alguno de ellos en la formación de un Estado de derecho.

El autor español Manuel Aragón señala que si el proceso constituyente no se realiza desde la perspectiva democrática, difícilmente una Constitución puede ser el resultado final. Para que la carta magna sea democrática debe originarse en procedimientos que hagan intervenir al pueblo, titular del Poder Constituyente.⁹⁵ Por tal motivo, la teoría de la soberanía del pueblo y del poder constituyente originario del pueblo soberano se ha generalizado y hasta estereotipado, un procedimiento para la elaboración y la adopción de la constitución escrita.⁹⁶

Para Vergottini, la distinción entre Poder Constituyente y poderes constituidos, y en particular entre Poder Constituyente y poder de revisión constitucional, conserva una gran importancia con el fin de individualizar la continuidad de una norma fundamental, que se entiende se

⁹³ González Casanova, J. A., *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, cit., p. 210.

⁹⁴ Sánchez Viamonte, Carlos, *El Poder Constituyente*, Argentina, Editorial Bibiliográfica Argentina, 1957, p. 564.

⁹⁵ Aragón, Manuel, *Constitución y Democracia*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 185.

⁹⁶ Lowenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1986, pp. 127 y ss.

ejerce el poder de reforma, o una discontinuidad entre una Constitución y otra, que ocurre cuando está en juego el poder constituyente.

Para este autor, los procedimientos de elaboración de las cartas magnas difieren según la titularidad del poder constituyente y las modalidades seguidas en la adopción de la decisión constituyente, y están claramente condicionadas por la concepción del Estado que prevalece en un momento histórico dado.⁹⁷

El caso más evidente de uso del poder constituyente tiene lugar en el momento de la formación de nuevos sujetos de derecho internacional que se dotan de Constituciones como expresión formal y sustancial de tal poder. Por tal motivo, para este autor, pueden existir procedimientos externos, internacionalmente guiados, y procedimientos internos.⁹⁸

Los procedimientos externos se dan en la hipótesis, de que una fuerza extranjera imponga una Constitución a otro Estado como consecuencia de una derrota bélica y en el caso de territorios coloniales que adquieren su independencia.⁹⁹ En estas hipótesis, la carta magna tiene origen en los actos soberanos (decisión constituyente) imputables a un Estado diverso de aquel que será cobijado por la nueva Constitución. Sin embargo, estos actos se transformarán en Constituciones reales de los Estados interesados al momento en el cual los mismos estarán en condiciones de autodeterminarse cuando alcancen una efectiva independencia, terminando, así, la relación jurídica vinculante o derivada respecto al Estado que con antelación los había condicionado en diverso modo.

Se han adoptado nuevas cartas magnas a través de procedimientos internacionales guiados. Estas leyes fundamentales son el resultado de acuerdos entre el Estado adoptante y Estados extranjeros, o bien con

⁹⁷ Vergottini, Giuseppe de, *Derecho constitucional comparado*, cit., p. 137

⁹⁸ Para Vergottini, las Constituciones en un documento formal —aunque éste no se defina expresamente como carta magna— pueden elaborarse por un órgano del ordenamiento interesado o por órganos de otro ordenamiento. En este último caso aunque se encuentre elaborada la Constitución, solo será considerada como tal, una vez que la acepte el pueblo. Vergottini, Giusspe de, *Derecho constitucional comparado*, cit., pp. 127 y ss.

⁹⁹ Es el caso de la Constitución japonesa de 1946, ya que esta se formó sobre un esquema impuesto por un órgano de un Estado extranjero (formalmente por el comandante supremo de las fuerzas aliadas); la Ley Fundamental alemana de 1949 fue condicionada por los principios impuestos por las potencias ocupantes (dicho proceso fue sometido a su aprobación a la jefatura de las potencias occidentales); numerosas Constituciones de Estados que fueron posesiones inglesas, fueron dictadas por el Parlamento Británico (Canadá, 1867; Australia, 1901; Sudáfrica, 1909), o por actos gubernativos (Orders in Council) para Estados recién independizados en diversos continentes (por ejemplo Nigeria, 1946; Jamaica, 1962; Bermudas, 1962; Anguila, 1967; Mauricio, 1968; Fidji, 1970; Malta, 1964).

el asesoramiento o conducción de organizaciones internacionales como pueden ser la ONU, OTAN.¹⁰⁰

En cuanto a procedimientos internos, el Poder Constituyente reside en los pueblos de los Estados en cuestión. En esta hipótesis, aunque varíe el órgano y las características del procedimiento, nos encontramos siempre en el cuadro de un único ordenamiento de referencia. En la medida en que más participe el pueblo en el proceso constituyente, el ordenamiento va a ser más democrático.

Sin embargo, al intentar calificar al proceso constituyente como democrático o no, enfrentamos el problema de que no existe una respuesta “única”; porque no ha existido solamente “un” proceso constituyente sino múltiples procesos constituyentes calificados inequívocamente de democráticos, de tal suerte que existe una serie de criterios o fases que una vez satisfechos nos hagan afirmar que nos encontramos ante un proceso constituyente democrático.

El resultado real y efectivo del poder constituyente ha de ser la construcción jurídica de un orden político de la igualdad y la libertad. No puede dejar de ser importante que el proceso a través del cual dicho poder constituyente se ejerce prefigure en cierta medida el resultado final. Por eso tan importante la afirmación, que si el Poder Constituyente no es un proceso democrático, difícilmente puede serlo el resultado final que es la expedición de una “Constitución”.

VIII. LA REFORMA CONSTITUCIONAL COMO MECANISMO PARA HACER VALER LA VOLUNTAD DEL PODER CONSTITUYENTE

Para el estudio de la reforma constitucional, iniciamos con la idea de Bluntschli de que una Constitución política perfecta supone una sociedad perfecta, lo que es realmente imposible. Así, reconociendo que el Estado es perfectible, debemos desechar las fantasías que se olvidan de la realidad, ya que la idea de un ordenamiento constitucional que valga o sea prototi-

¹⁰⁰ Como ejemplos de poder constituyente guiados se pueden citar: Namibia (1982-1990), Camboya (1989-1993), Bosnia-Herzegovina (1991-1995), Macedonia (2001) e Irak (2005).

po para todos los tiempos y lugares,¹⁰¹ es esencialmente falsa.¹⁰² Los textos constitucionales serán más o menos perfectos según los principios que se adopten en armonía, necesidades e intereses de cada Estado.

Debemos partir de la idea que la Constitución, como toda obra humana, es imperfecta, y que día a día rectifica yerros y realiza nuevas conquistas, por tal motivo, puede mejorarse constantemente a través de la experiencia y el estudio dirigidos a nuevas realidades. En este sentido, la realidad de un Estado o de una nación se encuentra en transformación permanente y constante, lo que se debe no solo a la propia dinámica del conjunto, sino también al hecho de que las Constituciones no responde a una situación de inmovilidad, sino a fines determinados y continuamente renovados que han de ser también continuamente actualizados.¹⁰³

En este sentido, Hesse afirma que la Constitución no puede ser inmutable, requiere ser actualizada para estar acorde con la realidad que es dinámica, ya que no puede ser independiente de las circunstancias históricas concretas de su tiempo.¹⁰⁴

Para Loewenstein, debe existir un método, establecido de antemano, para la adaptación pacífica de la Constitución a las cambiantes condiciones sociales y políticas, a lo que llama el método racional de la reforma constitucional, para evitar el recurso a la ilegalidad, a la fuerza o a la revolución.¹⁰⁵

El objeto de toda Constitución es la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político. Para Loewenstein, el proceso de reforma constitucional es una cuestión de poder político, de *checks and balances* y, por tanto, lo que se busca es controlar el poder, y uno de los mecanismos más importantes de control del poder definitivamente es la reforma constitucional, con lo cual no lo dejan en manos de los que ostentan el poder, personas a los que él denomina detentadores del poder sin control.

Uno de los primeros en analizar la *Verfassungsänderung* o reforma constitucional fue el célebre maestro de la Universidad de Heidelberg, Georg

¹⁰¹ De acuerdo con Solón, no se puede determinar cuál es la mejor Constitución que ha existido, ya que eso varía de acuerdo al tiempo y lugar en que surgió este ordenamiento. Aristóteles, *La política*, 6a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 166 y ss.

¹⁰² Bluntschli, Johann Caspar, *Staats und Rechtsgeschichte der Stadt und Landschaft Zürich*, Zurich, Orell, Füssli und Compagnie, 1838, pp. 20 y ss.

¹⁰³ Smend, Rudolf, *Constitución y Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, P. 99.

¹⁰⁴ Hesse, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992. P. 71.

¹⁰⁵ Loewenstein, Karl, Op. Cit. P. 153.

Jellinek. Él se refiere a la reforma constitucional como la modificación de los textos constitucionales producida por actos intencionados. Para Jellinek, la reforma constitucional se da por la intención que contiene el acto, puesto que la forma en que la Constitución se adecua a su realidad es por medio del procedimiento establecido en ella misma. Esto a diferencia de la *Verfassungswandlung* o mutación constitucional, que puede ser una modificación de la Constitución carente de intención para modificarla, ya que tal cambio no se está llevando a cabo a través del mecanismo establecido en la norma fundamental para su adecuación.¹⁰⁶

Para Pedro de Vega: “La Reforma Constitucional es una de las más hermosas manifestaciones de su fuerza y de su independencia”.¹⁰⁷ Es a través de este procedimiento que permite a la Constitución estar vigente y afrontar los momentos de crisis y de inestabilidad política.

La reforma constitucional es precisamente la institución que supera la contradicción entre la inclinación a la permanencia de las Constituciones y las de su adaptación al cambio social, de manera que este mecanismo se convierte en el eje central que posibilita el dinamismo constitucional.

Por tal motivo, textos constitucionales modernos y democráticos aceptan lo establecido en la Constitución francesa de 1793, en su artículo 28: “Un pueblo tiene siempre el derecho de revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede someter a sus leyes a las generaciones futuras”.

En la relación entre poder y derecho, o lo que es lo mismo, en las democracias constitucionales la vinculación entre Estado democrático y Estado de derecho, es donde se produce la reforma constitucional, que es la máxima expresión de esta relación, y anuncia la importancia y complejidad del tema de la reforma constitucional.

Para Heller, la reforma constitucional es el lugar donde el elemento político y el jurídico conviven en el derecho constitucional, y se mezclan con mayor intensidad, adquiriendo la norma producida por la reforma una carga política indiscutible, que tiene por finalidad política, la preservación y consolidación de la continuidad constitucional del Poder Constituyente.

En este sentido, no se trata de poner al ser un deber ser, sino de descubrir en el ser el querer ser que ha de formar el futuro, el contenido de

¹⁰⁶ Jellinek, Georg, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, Berlin, O. Häring, 1906, pp. 10 y 11.

¹⁰⁷ Vega García, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, cit., p. 64.

voluntad de la realidad social concreta que debe considerarse como tendencia válida de la evolución, como verdadera realidad.¹⁰⁸

Es lo que va a permitir que el pueblo y su norma evolucionen dentro del marco del derecho, que el primero se vaya transformando de acuerdo con las normas programáticas de la propia Constitución. Es el grado de eficacia y de proyección hacia el futuro, ya que no sería posible, ni deseable realizar el intento de proteger un simple conjunto de manifestaciones o en otras palabras una simple hoja de papel.¹⁰⁹

IX. LA LIBERTAD Y LA DEMOCRACIA COMO LÍMITE A LA REFORMA CONSTITUCIONAL

La única forma de entender a la *Verfassungsänderung* como un instrumento para proteger las cuestiones más elementales para la dignidad del individuo, es considerarlo como un órgano limitado.¹¹⁰ Los límites o demarcaciones que debemos tomar en cuenta son el concepto de Constitución y la forma de Estado, y para establecer el primero trataremos de encontrar un concepto adecuado. Por tal motivo, nos centraremos en la época moderna del constitucionalismo, o sea que no podemos considerar como constitución una que no sea democrática, y viceversa, no puede existir democracia sin Constitución.

La concepción de Constitución más idónea para lograr establecerla como límite a la reforma constitucional es el que nos otorga el Estado burgués de derecho.¹¹¹ En él se adopta una organización del Estado desde

¹⁰⁸ Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, México, FCE, 1983, p. 120.

¹⁰⁹ Para Lassalle, en un sentido simple la Constitución es simple hoja de papel, sin embargo, cuando se toman todos esos factores reales de poder, se extienden en una hoja de papel se les da expresión escrita, es a partir de ese momento, que están incorporados a un papel, que ya no son simples factores reales de poder, sino que se ha erigido en derecho, e instituciones jurídicas o sea, en una Constitución real. En el momento en que una Constitución no corresponde a la real, estalla inevitablemente un conflicto que no existe de manera de eludir, y que con proyección hacia el futuro, la Constitución escrita, la hoja de papel, tiene necesariamente que sucumbir ante el empuje de la Constitución real de las verdaderas fuerzas vigentes en un país. Lassalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Ariel, Barcelona, 1984, pp. 92 y ss.

¹¹⁰ Para límites a la reforma constitucional consúltese a Javier Tajadura Tejada, en “El pacto social como límite a la reforma del Acto Constitucional”, en Roura Santiago, y Tajadura Tejada, Javier (coords.), *La reforma constitucional, la organización territorial del Estado, la Unión Europea, y la igualdad de género*, España, Biblioteca Nueva, 2005, pp. 365 y ss.

¹¹¹ Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 62.

un punto de vista crítico y negativo frente al poder del Estado, se protege al ciudadano contra el abuso del poder del Estado. Los medios y métodos del control sobre el Estado se organizan más que el propio Estado; se crean seguridades contra ataques estatales, y se trata de introducir frenos en el ejercicio del poder político.

En la misma Constitución se encuentran dos premisas; primera, la protección de los derechos, y segunda, la separación de poderes. Esta máxima se encuentra en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 agosto de 1789. El precepto 16 establece: “*Toda Sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos del hombre, ni determinada la separación del poderes, carece de Constitución*”. Para Montesquieu todo estará perdido si el mismo hombre, o el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejercieran los tres poderes: el hacer leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre los particulares.¹¹²

Es cierto que Montesquieu no menciona jamás a lo largo *Del espíritu de las leyes*, al Poder Constituyente ni nos habla de poderes constituidos. Sin embargo, éste constituye una premisa tácita y perfectamente presumible en la lógica global de su pensamiento, en la medida en que la aparición de los tres poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, que recíprocamente se vigilan y controlan como poderes constituidos, no se concebirían sin el reconocimiento de un poder previo y superior en el que aquellos cifran la razón de su existencia.¹¹³ Esta nueva clasificación quedó coronada con un análisis del proceso del poder que hizo época, la trilogía de las funciones estatales o del poder, la necesidad, debida a razones ideológicas, de establecer límites a dichos poderes por medio de frenos y contrapesos.

La constitucionalización del poder, su limitación y control, responden en definitiva, a la legitimación del mismo y a la garantía de la libertad individual en el marco del moderno Estado nacional, esto es, aquella comunidad de individuos dotada de una particular trascendencia, ordenada mediante una determinada legalidad e institucionalidad. Por tal motivo, es Montesquieu quien marca el punto de partida del moderno Estado constitucional, a través de la propuesta de distribución y limitación de los poderes del Estado entre distintos sujetos.

Este autor se va a invocar en todos los debates al afirmar que poder y libertad se implicaban mutuamente, que, conceptualmente, la libertad

¹¹² Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, 5a. ed., Madrid, Tecnos, 2000, p. 107.

¹¹³ Vega García, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, cit., p. 26.

política no reside en la voluntad sino en el poder y que, por consiguiente, la esfera política debe construirse y constituirse de tal modo que poder y libertad se combinen.¹¹⁴

A partir de esta Declaración de 1789, la norma fundamental responde en cuanto a su naturaleza normativa al tipo constitucional del orden democrático liberal. Contiene los elementos esenciales de la idea liberal de Constitución, que es el reconocimiento de la dignidad humana como criterio vinculante a todo poder estatal, los derechos fundamentales, limitación y control institucional del poder político y una amplia protección judicial, que se complementan con principios generales y con objetivos como democracia, Estado social de derecho, Estado federal.¹¹⁵

El poder de reforma no podrá actuar en contra de estos principios, es decir la libertad y la democracia son límites al órgano revisor, porque siguiendo el pensamiento de Loewenstein, la clasificación de un sistema político como el democrático constitucional depende de la existencia o carencia de instituciones efectivas por medio de las cuales el ejercicio del poder político esté distribuido entre los que ostentan el poder, y por medio de las cuales estos mismos estén sometidos al control de los destinatarios del poder constituido.¹¹⁶ En el momento en que el poder de reforma transforme estos ejes de la ciencia política seguiremos teniendo una Constitución, sin embargo, ésta será considerada solo en el sentido semántico, ya que lo único que tendrá de Constitución será el nombre.

El principal papel de un documento constitucional, es limitar la concentración del poder, otorgando la posibilidad a un libre juego de las fuerzas sociales de la comunidad dentro del marco constitucional. Una vez que no existe esto en el texto constitucional, la conformación del poder estará congelada en beneficio de los detentadores fácticos del poder, independientemente de que éstos sean una persona individual (dictador), una junta, un comité, una asamblea o un partido.¹¹⁷

El objetivo de establecer unos principios o valores o, como Hauriou lo denominó, la superlegalidad constitucional, no comprende solo lo que se encuentra en la Constitución; por el contrario, se refiere a los principios de orden individualista que están en el fundamento del Estado, así como

¹¹⁴ Arendt, Hannah, *op. cit.*, p. 202.

¹¹⁵ Schneider, Hans Peter, *Democracia y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 37.

¹¹⁶ Loewenstein, Karl, *op. cit.*, p. 149.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 218.

a los principios políticos que están en la base del gobierno, que llegan a ocupar un lugar por encima incluso de la propia Constitución.¹¹⁸

Para Kelsen la garantía eficaz de los derechos fundamentales solo se da cuando la ley fundamental, que los garantiza, no puede ser enmendada mediante legislación ordinaria, sino sólo a través de un procedimiento especial, distinto al procedimiento legislativo ordinario, en cuanto solo se puede modificar a través de condiciones más severas.¹¹⁹

Debemos entender que los bienes constitucionalmente establecidos se protegen, no se limitan, los cuales no se configuran solo como números, y si se diera el caso contrario, el contenido de cada derecho susceptible, tanto de ampliarse como de irse progresivamente especificando frente al formalismo y la abstracción. Lo que no puede hacer la reforma constitucional es atentar en contra del núcleo de los derechos; sí puede modificarlos para fortalecerlos y estimular su desarrollo en vía expansiva de derechos.¹²⁰

Schmitt establece que la reforma constitucional no puede aniquilar las decisiones jurídico-políticas fundamentales. Estos principios no pueden ser suprimidos, ni por una ley, ni por una ley de reforma de la Constitución, solo por un acto del Poder Constituyente;¹²¹ sin embargo, entendiendo que en todo acto del Poder Constituyente deberán existir, por ejemplo, los derechos fundamentales.¹²²

El otro límite que establecimos fue la forma de Estado, y en ese sentido partimos que México es una República representativa, democrática y federal. En el caso de que el procedimiento de reforma se planteara la posibilidad de cambiar alguno de estos preceptos, se atentaría en contra de la voluntad del Poder Constituyente. Realmente se estaría creando una nueva Constitución, lo cual se encuentra fuera de competencia del órgano revisor del ordenamiento constitucional.

¹¹⁸ Hauriou, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, Comares, Granada, 2003, p. 335.

¹¹⁹ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, cit., pp. 154 y ss.

¹²⁰ Cabo Martín, Carlos de, *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho*, Madrid, Trotta, 2002, p. 48.

¹²¹ Schmitt, Carl, *op. cit.*, p. 169.

¹²² Lo que se está planteando es que en el constitucionalismo democrático en el actuar del Poder Constituyente debe existir una parte sustantiva, que significa que las normas declarativas de derechos se presentan como normas de derecho positivo, cuya fuerza normativa se encuentra, de manera concreta como parte integrante de la libertad. Ruipérez, Javier, “Estudio Preliminar”, *La reforma constitucional, la organización territorial del Estado, la Unión Europea, y la igualdad de género*, cit., p. 99.

Por vías jurídicas no puede transformarse la norma fundamental de un sistema republicano a un sistema monárquico, porque desaparecería la decisión política que le dio origen. En cuanto al sistema federal, coincidimos con Carpizo, en su afirmación que en México el sistema federal no fue una decisión de gabinete, teórica, irreal, sino que fue la exigencia de las provincias por un margen de autonomía. De no haberse establecido el sistema federal, probablemente México se hubiera balcanizado.¹²³

Para Mariano Coronado un Estado miembro de la federación no puede, por ningún motivo, separarse de la Unión, si lo considera conveniente, e incluso ni aun en el caso de que el pueblo cambiase constitucionalmente el sistema actual de gobierno, debido a que tendría que sujetarse a lo determinado por la mayoría de la nación.¹²⁴

Modificar los valores básicos o principios fundamentales que componen la esencia política de la Constitución, a través del procedimiento de reforma, implicaría no solo la simple sustitución de unos artículos por otros, sino la creación de un régimen político diferente y el establecimiento de un nuevo sistema constitucional.

Los principios político-jurídicos fundamentales, no pueden ser reformados por el Poder revisor, ya que son la esencia del orden jurídico, son ideas que conforman y marcan todas las demás normas del orden determinado.¹²⁵

Por todo lo anterior, consideramos a la reforma constitucional como el mecanismo final, la garantía última de la efectividad constitucional, entendiendo que tal efectividad se realiza en la medida en que el ordenamiento constitucional despliega sus dos caracteres básicos: la normatividad y la supremacía, porque, a través de la reforma, se produce el acoplamiento de la norma fundamental con la realidad, y esto impide que la carta magna quede reducida a un conjunto de fórmulas sin proyección histórica y práctica alguna. La reforma de la Constitución, lejos de representar un instrumento de deterioro, debe entenderse como su primera y más significativa defensa.

El constitucionalista se puede decantar por una u otra alternativa, los que no crean en la realidad jurídica y política, son los que se limitan a tratar de hacerla comprensible, y que están obligados a mantenerse siempre en el plano de la crítica inmanente, pero no pueden poner en cuestión o

¹²³ Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, 3a. ed., México, Porrúa, 1991, p. 81.

¹²⁴ Coronado, Mariano, *Elementos del derecho constitucional mexicano (1899)*, México, Oxford, 1999, p. 76.

¹²⁵ Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, 14a. ed., México, UNAM, 2004, p. 268.

entredicho el principio de legitimidad sobre el que se cimienta la propia Constitución que es base de estudio. Lo único que pueden hacer, es denunciar la existencia de una realidad inconstitucional, pero bajo ningún supuesto llevar a cabo la revolución.¹²⁶

X. CONSIDERACIONES FINALES

Nuestra Constitución se encuentra próxima a celebrar su primer centuria de vida, y frente a esto, cada vez es más criticada por algunos actores políticos y académicos. Estos impulsan la elaboración de un nuevo texto constitucional, que se encuentre a la altura de los nuevos retos del siglo XXI. Sin embargo, en el contexto que se encuentra México, considero que no es el momento apropiado para llevar a cabo esta discusión, ya que lamentablemente una gran parte de los mexicanos, por no decir la mayoría no se siente identificado con sus instituciones políticas, en la que incluyo a sus representantes. Otro sector igual de importante, prefiere organizarse al margen de las instituciones, ya que consideran que en el actual entorno político, existen mínimas condiciones de diálogo entre los partidos políticos y la ciudadanía. Esto ocasionaría que el nuevo texto constitucional de origen careciera de legitimidad, lo cual lo condenaría al fracaso.

Además, debe llamarnos la atención los enormes síntomas de descomposición social y que exista una resignada aceptación colectiva. Tan singular paradoja empieza no obstante a comprenderse cuando se observa que los deterioros de la vida social se entrelazan con una descomposición del Estado. Es precisamente aquí, donde éste se ve impotente hasta el grado de no garantizar los más elementales derechos y libertades.

Además, tenemos que estar conscientes de la crisis en la que se encuentran actualmente las democracias en Latinoamérica, aunado a la alta aceptación por gobierno autoritarios como posible solución a los problemas que aquejan a la región como es la inseguridad pública.

Los despotismos modernos hoy se presentan como “verdaderas democracias”: se consideran representantes del pueblo, pretendiendo tomar en cuenta los intereses de éste. Sin embargo, estos son sustituidos a través de la simulación para el beneficio del déspota y seguir con la manipulación del pueblo en clara vulneración de la democracia constitucional.

¹²⁶ Ruipérez, Javier, *Reforma versus Revolución, Consideraciones desde la Teoría del Estado y de la Constitución sobre los límites materiales a la revisión constitucional*, cit., p. 292.

La Constitución debe responder en cuanto a su naturaleza normativa al tipo constitucional del orden democrático liberal. Debe contener los elementos esenciales de la idea liberal de Constitución, que es el reconocimiento de la dignidad humana como criterio vinculante a todo poder estatal, los derechos fundamentales y derechos humanos, limitación del poder y control institucional del poder político y una amplia protección judicial, que se complementan con principios generales y con objetivos como democracia y Estado social de derecho.

En este sentido la reforma constitucional debe estar en función de la constitución y de los propios ideales consagrados en ella. Lo que no podemos permitir es que se utilice la revisión constitucional en deterioro o alejamiento de estos principios, ya que lo que estaríamos consintiendo o aceptando, es que la Constitución pierda su elemento más importante que es el de legitimidad, el cual se funda en la aceptación consciente, voluntaria y espontánea, tácita o expresa de esa mayoría respecto del orden jurídico, político y social por ella establecido.

XI. BIBLIOGRAFÍA

- ARAGÓN, Manuel, *Constitución y Democracia*, Madrid, Tecnos, 1989.
- , *Estudios de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- ARENDT, Hannah, *Sobre la Revolución*, España, Alianza Editorial, 2009.
- ARISTÓTELES, *La Política*, 6a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- ATTILI, Antonella, “Derecho y poder en la crisis de la soberanía”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 103, enero-marzo, 1999.
- BLUNTSLI, Johann Caspar, *Staats und Rechtsgeschichte der Stadt und Landschaft Zürichs*, Zurich, Orell, Füssli und Compagnie, 1838.
- BRYCE, James, *Constituciones Flexibles y Constituciones Rígidas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- BURDEAU, Georges, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Madrid, Editora Nacional, 1981.
- BURGOA, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, 17a. ed., México, Porrúa, 2005.
- CABO MARTÍN, Carlos de, *La Reforma Constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*, Madrid, Trotta, 2002.
- , *Teoría Constitucional de la Solidaridad*, Madrid, Marcial Pons, 2006.

- CALLERO, Juan Carlos, *The unfinished Transition to Democracy in Latin America*, Routledge, Nueva York, 2009.
- CARRÉ DE MALBERG, R., *Teoría General del Estado*, 2a. ed., México, FCE, 1998.
- CARPIZO, Jorge, *Estudios Constitucionales*, 9a. ed., México, Porrúa, 1991.
- , *La Constitución Mexicana de 1917*, 14ª ed., México, UNAM, 2004.
- CARPIZO, Jorge, y CARBONELL, Miguel, *Derecho Constitucional*, 2a. ed., México, Porrúa, 2005.
- CERVANTES BRAVO, Irina y WONG MERAZ, Víctor Alejandro (coords.), *Temas de control de constitucionalidad y convencionalidad*, México, Porrúa, 2013.
- CORONADO, Mariano, *Elementos del Derecho Constitucional Mexicano (1899)*, México, Oxford, 1999.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, 4a. ed., México, Porrúa, 2005.
- GAMAS TORRUCO, José, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 2001.
- GARCÍA Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, 7a. ed., Madrid, Alianza, 1993.
- GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., “La idea de Constitución en Karl Loewenstein”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 139, 1965.
- , *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, 2a. ed., Barcelona, Vicens-Vives, 1982.
- HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, México, UNAM, 2003.
- HAURIOU, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, Granada, Comares, 2003.
- HELLER, Hermann, *La Soberanía*, 2a. ed., México, FCE, 1995.
- , *Teoría del Estado*, México, FCE, 1983.
- HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- JELLINEK, Georg, *Teoría general del Estado*, México, FCE, 2000.
- , *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, Berlín, O. Häring, 1906.
- KÄGI, Werner, *La Constitución como elemento jurídico Fundamental del Estado, investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el Moderno Derecho Constitucional*, Madrid, Dykinson, 2005.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 14a. ed., México, Porrúa, 2005.
- LASSALLE, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Barcelona, Ariel, 1984.
- LOWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1986.
- LUCAS VERDU, Pablo, “El Orden Normativista Puro”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 68, 1990.

- MAQUIAVELO, Nicolás, *Discursos sobre la Primera Década de Tito Livio*, Madrid, Alianza, 2009.
- MERINO, Mauricio, *La transición votada, Crítica a la interpretación del cambio político en México*, México, FCE, 2003.
- MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, 5a. ed., Madrid, Tecnos, 2000.
- MORA-DONATTO, Cecilia, *El valor de la Constitución Normativa*, México, UNAM, 2002.
- NEGRI, Antonio, *El Poder Constituyente, Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Madrid, Libertarias Prodhufi, 1994.
- PAINE, Thomas, *Los Derechos del Hombre*, 2a. ed., México, FCE, 1996.
- ROHDEN, Peter, *Robespierre, Die Tragödie des politischen Ideologen*, Berlín, Holle & Co., 1935.
- ROURA, Santiago y TAJADURA TEJADA, Javier (coords.), *La Reforma Constitucional, la organización territorial del Estado, la Unión Europea, y la igualdad de género*, España, Biblioteca Nueva, 2005.
- RUIPÉREZ, Javier, *El constitucionalismo democrático en los tiempos de la globalización, reflexiones rousseaunianas en Defensa del Estado Constitucional Democrático y Social*, México, UNAM, 2005.
- , *Reforma versus Revolución, Consideraciones desde la Teoría del Estado y de la Constitución sobre los Límites Materiales a la Revisión Constitucional*, México, Porrúa, 2013.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 2004.
- SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *El Poder Constituyente*, Argentina, Editorial Bibliográfica Argentina, 1957.
- SCHMITT, Carl, *La Defensa de la Constitución, Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*, Madrid, 1983.
- , *Teólogo de la Política*, México, FCE, 2001.
- , *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1982.
- SCHNEIDER, Hans Peter, *Democracia y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- SIEYÈS, Emmanuel, *¿Qué es el Tercer Estado?*, 3a. ed., México, UNAM, 1989.
- SMEND, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 26a. ed., México, Porrúa, 1992.
- VALADÉS, Diego, *El control del poder*, 2a. ed., México, Porrúa, 2000.
- Varios autores, *Hacia una nueva constitucionalidad*, México, UNAM, 2000.
- VEGA GARCÍA, Pedro de, “La democracia como proceso. (Consideraciones en torno al republicanismo de Maquiavelo)”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 120, abril-junio de 2003

———, *La Reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, 5a. ed., Madrid, Tecnos, 2000.

VERGOTTINI, Giuseppe de, *Derecho constitucional comparado*, México, UNAM, 2004.

WONG MERAZ, Víctor Alejandro, *Constitución mexicana, reforma y mutación*, México, Porrúa, 2010.