

• MÉXICO Y LA CONSTITUCIÓN DE 1917 •

Influencia extranjera y trascendencia internacional

HÉCTOR FIX-ZAMUDIO Y EDUARDO FERRER MAC-GREGOR
Coordinadores



SENADO DE LA REPÚBLICA - LXIII LEGISLATURA
SECRETARÍA DE CULTURA

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS HISTÓRICOS DE LAS REVOLUCIONES DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS-UNAM

**INFLUENCIA EXTRANJERA
Y TRASCENDENCIA INTERNACIONAL
(DERECHO COMPARADO)**

ESTUDIOS CONSTITUCIONALES



COMITÉ PARA LA CONMEMORACIÓN
DEL CENTENARIO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA
DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

ENRIQUE PEÑA NIETO

Presidente de los Estados Unidos Mexicanos

EDMUNDO JAVIER BOLAÑOS AGUILAR

*Presidente de la Cámara de Diputados
del Congreso de la Unión*

PABLO ESCUDERO MORALES

*Presidente de la Cámara de Senadores
del Congreso de la Unión*

LUIS MARÍA AGUILAR MORALES

*Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de la Judicatura Federal*

REPRESENTANTES

PODER EJECUTIVO FEDERAL

MIGUEL ÁNGEL OSORIO CHONG

Secretario de Gobernación

MARÍA CRISTINA GARCÍA CEPEDA

Secretaria de Cultura

PODER LEGISLATIVO FEDERAL

GUADALUPE ACOSTA NARANJO

Diputado Federal

ENRIQUE BURGOS GARCÍA

Senador de la República

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

*Ministro de la Suprema Corte
de Justicia de la Nación*

ALFONSO PÉREZ DAZA

Consejero de la Judicatura Federal

PATRICIA GALEANA

Secretaria Técnica

CONSEJO ASESOR

Sonia Alcántara Magos
Héctor Fix-Zamudio
Sergio García Ramírez
Olga Hernández Espíndola
Ricardo Pozas Horcasitas

Rolando Cordera Campos
Rogelio Flores Pantoja
Javier Garcíadiego
Sergio López Ayllón
Pedro Salazar Ugarte

Héctor Fix-Fierro
José Gamas Torruco
Juan Martín Granados Torres
Aurora Loyo Brambila
Gloria Villegas Moreno

BIBLIOTECA
CONSTITUCIONAL
I N E H R M



SENADO DE LA REPÚBLICA
Mesa directiva

Presidente
Sen. Pablo Escudero Morales

Vicepresidenta Sen. Blanca María del Socorro Alcalá Ruiz	Secretaría Sen. Rosa Adriana Díaz Lizama
Vicepresidente Sen. César Octavio Pedroza Gaitán	Secretario Sen. Luis Humberto Fernández Fuentes
Vicepresidente Sen. Luis Sánchez Jiménez	Secretaría Sen. María Elena Barrera Tapia
Secretaría Sen. Itzel Sarahí Ríos de la Mora	Secretaría Sen. Ana Gabriela Guevara Espinoza

Junta de Coordinación Política

Presidente
Sen. Fernando Herrera Ávila
*Coordinador del grupo parlamentario
del Partido Acción Nacional*

Sen. Emilio Gamboa Patrón <i>Coordinador del grupo parlamentario del Partido Revolucionario Institucional</i>	Sen. Manuel Bartlett Díaz <i>Coordinador del grupo parlamentario del Partido del Trabajo</i>
Sen. Miguel Barbosa Huerta <i>Coordinador del grupo parlamentario del Partido de la Revolución Democrática</i>	Sen. Miguel Romo Medina <i>Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional</i>
Sen. Carlos Alberto Puentes Salas <i>Coordinador del grupo parlamentario del Partido Verde Ecologista de México</i>	Sen. María Lucero Saldaña Pérez <i>Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional</i>

Sen. Sonia Mendoza Díaz
*Grupo Parlamentario
del Partido Acción Nacional*



CULTURA
SECRETARÍA DE CULTURA

SECRETARÍA DE CULTURA
Secretaría de Cultura
María Cristina García Cepeda



INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS
HISTÓRICOS DE LAS REVOLUCIONES DE MÉXICO

Directora General
Patricia Galeana

Consejo Técnico Consultivo

Fernando Castañeda Sabido	Salvador Rueda Smithers
Luis Jáuregui	Rubén Ruiz Guerra
Álvaro Matute	Enrique Semo
Érika Pani	Luis Barrón Córdova
Ricardo Pozas Horcasitas	Gloria Villegas Moreno



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Director Pedro Salazar Ugarte	Secretario académico Francisco Ibarra Palafox

Coordinación editorial
Raúl Márquez Romero y Wendy Vanesa Rocha Cacho

INFLUENCIA EXTRANJERA Y TRASCENDENCIA INTERNACIONAL (DERECHO COMPARADO)

HÉCTOR FIX-ZAMUDIO
EDUARDO FERRER MAC-GREGOR

Coordinadores

KGF2921

158

2017

Influencia extranjera y trascendencia internacional/

Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coordinadores;
Patricia Galeana, presentación; Enrique Burgos García, presentación; Pedro Salazar
Ugarte, prefacio--Ciudad de México: Secretaría de Cultura, INEHRM, Senado de la
República, Universidad Nacional Autónoma de México, IIJ, 2017
949 páginas; 25cm. (Colección Biblioteca Constitucional. Serie México
y la Constitución de 1917)

ISBN: 978-607-9276-57-7, Biblioteca Constitucional (Obra completa)

1. México-Constitución 1917-Derecho comparado. 2. Derecho constitucional-
México. 3. Derecho comparado-México I. t. II. ser

Primera edición, México y la Constitución de 1917, 2017.

Producción:

Secretaría de Cultura

Instituto Nacional de Estudios Históricos
de las Revoluciones de México

D.R. © 2017 por la presente edición

Secretaría de Cultura

Dirección General de Publicaciones

Paseo de la Reforma 175

Colonia Cuauhtémoc, C.P. 06500,

Ciudad de México.

D.R. © 2017. Senado de la República

Av. Paseo de la Reforma 135, esq. Insurgentes Centro,

Colonia Tabacalera, Delegación Cuauhtémoc, C.P. 06030,

Ciudad de México.

DR © 2017. 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, Ciudad de México.

Las características gráficas y tipográficas de esta edición son propiedad
del Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones
de México de la Secretaría de Cultura.

Todos los derechos reservados. Queda prohibida la reproducción total
o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos
la reprografía y el tratamiento informático, la fotocopia o la grabación,
sin la previa autorización por escrito de la Secretaría de Cultura
/Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México.

ISBN: 978-607-9276-57-7, Biblioteca Constitucional (Obra completa)

Impreso y hecho en México

CULTURA
SECRETARÍA DE CULTURA



CONTENIDO

PRESENTACIÓN

Enrique Burgos García	11
SENADO DE LA REPÚBLICA	

PREFACIO

Pedro Salazar Ugarte	13
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS - UNAM	

MÉXICO Y LA CONSTITUCIÓN DE 1917

Patricia Galeana	17
INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS HISTÓRICOS DE LAS REVOLUCIONES DE MÉXICO	

CONFIGURACIÓN DEL AMPARO COMO UN DERECHO HUMANO INTERNACIONAL: EL APORTE DE MÉXICO

Carlos M. Ayala Corao	23

O PIONEIRISMO DA CONSTITUIÇÃO DO MÉXICO DE 1917

Paulo Bonavides	57

NOTAS SOBRE LOS DERECHOS SOCIALES EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA REFORZADOS A PARTIR DE 1947, Y SU PROBABLE INSPIRACIÓN EN LOS PRINCIPIOS DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917

Allan R. Brewer-Carías	69

LA INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917 EN EL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL Raúl Canosa Usera.	85
DA CONSTITUIÇÃO MEXICANA DE 1917 À ORDEN CONSTITUCIONAL DE MACAU: INFLUÊNCIA OU INDIFERENÇA? Paulo Cardinal	107
LA CARTA MAGNA MEXICANA DE 1917 Y LOS DERECHOS SOCIALES EN LAS CONSTITUCIONES DE LOS PAÍSES EUROPEOS SOCIALISTAS: INFLUENCIAS, PARALELISMOS, CONTRASTES Krystian Complak	145
APORTE DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917 EN NICARAGUA Iván Escobar Fornos	187
INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917 EN LA CONSTITUCIÓN Y CONSTITUCIONALISMO DE URUGUAY Eduardo Gregorio Esteva Gallicchio.	199
REFORMA AGRARIA Y NACIONALISMO ECONÓMICO EN BRASIL. LA INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917 Marcelo Figueiredo	217
THE INFLUENCE OF THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES ON THE MEXICAN CONSTITUTION OF 1917 Toni Jaeger-Fine.	255
LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917 Y SU PRESENCIA EN EL PERÚ Domingo García Belaunde	311
LA INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE QUERÉTARO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL COSTARRICENSE Rubén Hernández Valle.	327

ESTÁNDARES CONSTITUCIONALES EUROPEOS EN RELACIÓN CON LA CONSTITUCIÓN MEXICANA. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y BASES DEL JUICIO DE AMPARO MÉXICO-FRANCIA Ana Ruth Herrera Gómez Michael Vorbeck	363
EL ASCENSO DEL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL EN EL IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE DE IBEROAMÉRICA (1917-1949) Bernd Marquardt	403
LA INFLUENCIA DE LA REVOLUCIÓN MEXICANA EN EL DERECHO CUBANO HASTA 1960 Santiago Antonio Bahamonde Rodríguez	481
LA CONSTITUCIÓN DE ESTADOS UNIDOS Y LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917 Mario Melgar Adalid	515
EL LEGADO DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917: LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN ITALIANA DE 1948 Luca Mezzetti	551
INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917 EN EL CONSTITUCIONALISMO SALVADOREÑO Manuel Arturo Montecino Giralt	587
THE MEXICAN CONSTITUTION OF 1917. AN EARLY EXAMPLE OF A TRANSFORMATIVE CONSTITUTIONALISM? Rainer Grote	615
LA INFLUENCIA DEL AMPARO MEXICANO EN LAS CONSTITUCIONES DE LOS PAÍSES AFRICANOS Jean Cadet Odimba On'Etambalako Wetshokonda	645
LA INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917 EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Julio César Ortiz Gutiérrez	685

INFLUÊNCIA DE 1917 NA DOUTRINA E NAS CONSTITUIÇÕES ECONÔMICAS BRASILEIRAS André Ramos Tavares	707
LA INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917 EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL BOLIVIANO José Antonio Rivera S.....	745
ORÍGENES, EVOLUCIÓN Y ACTUALIDAD DEL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL PANAMEÑO Jorge Giannareas Sebastián Rodríguez Robles	777
CONMEMORACIÓN EN MÉXICO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1931 EN SU XXV ANIVERSARIO: TEXTO Y CONTEXTO Alberto Saíd	865
LA CONSTITUCIÓN DE QUERÉTARO Y SU INFLUENCIA EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL ARGENTINA Néstor Pedro Sagüés	877
100 AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA: SU INFLUENCIA EN EL CONSTITUCIONALISMO ECUATORIANO Hernán Salgado Pesantes.....	891
LOS APORTES DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917 AL SIGLO XXI. DEL CONSTITUCIONALISMO NACIONAL AL INTERCULTURAL Jorge Silvero Salgueiro.....	909
LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1931 (FUENTES, RASGOS, INFLUENCIAS) Joaquín Varela Suanzes-Carpegna.....	927

PRESENTACIÓN

Al conmemorarse el inminente Centenario de la Constitución de 1917, resulta insoslayable reiterar que nuestro texto fundamental es no sólo el documento en el que descansa el conjunto de los componentes del Estado mexicano, sino también, al propio tiempo, una síntesis de nuestro devenir histórico, el referente vivo del gran acuerdo, quizá el más importante que nos hemos dado los mexicanos, conciliando derechos individuales y derechos sociales.

De nuestra Constitución devienen los principios de federalismo, justicia y democracia, pilares de la República. Los derechos humanos y sus garantías son la fórmula cimera que preserva la armonía social y las instituciones.

La mejor forma de conmemorar el Centenario de nuestra Constitución es y será respetarla y observarla con puntualidad, asumiendo a cabalidad los compromisos de ciudadanos y de quienes ostenten responsabilidades públicas.

Preservar y construir instituciones, en palabras de Mariano Otero, es el camino para defender la paz y alcanzar el progreso. Es ése el mejor homenaje a nuestra Constitución.

ENRIQUE BURGOS GARCÍA
Senado de la República

PREFACIO

Existen diferentes maneras de celebrar un momento histórico. Una de ellas es la de utilizarlo como oportunidad para reflexionar sobre sus causas, características y efectos. Si ese momento histórico está materializado en un pacto constitucional la ocasión se potencia porque las vicisitudes del momento están destinadas a normar las circunstancias del futuro y a influir en otros contextos históricos, políticos y normativos.

Eso ha sucedido con la Constitución mexicana de 1917 que es un momento, un documento y una norma. En esas tres dimensiones recordamos su primer Centenario de vigencia y lo honramos con esta serie de publicaciones académicas editadas por el Senado de la República, el Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México (INEHRM) y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Tres instituciones públicas que unen sus esfuerzos para ofrecer a los lectores una valiosa y original colección de publicaciones conmemorativas en la que se reúnen las plumas de importantes estudiosos e intelectuales interesados en la historia, la política y el derecho.

En estas obras se celebra a la Constitución de 1917 como un momento histórico con antecedentes y particularidades irrepetibles que marcaron la historia de México y del mundo en el siglo xx. La Constitución emerge como el producto de su tiempo y como punto de quiebre que divide la inestabilidad decimonónica de la promesa de modernidad

institucionalizada. Leer sobre los antecedentes del Congreso Constituyente, sobre su contexto y sus debates es útil para conocer al México de aquellos años, pero también para entender lo que los protagonistas del momento deseaban para el país que estaban constitucionalizando. De ahí el valor de los textos de corte histórico de esta colección.

Pero la Constitución también es un documento histórico que fue relevante e influyente para otros países del mundo. En efecto, la Constitución mexicana de 1917 logró amalgamar, por primera vez en la historia del constitucionalismo moderno, a las tradiciones liberal, democrática y socialista en un crisol normativo de difícil ejecución pero de incuestionable valor simbólico. Si a ello añadimos la presencia normativa de figuras de garantía como el llamado “amparo mexicano” podemos comprender porqué el documento constitucional fue objeto de elogio y estudio en otras latitudes y, sobre todo, punto de referencia ejemplar para otros procesos constituyentes. Haciendo honor a una tradición comparativista de viejo cuño en nuestro país, algunos destacados autores de estos ensayos miran a la Constitución desde su trascendencia internacional y nos recuerdan que los grandes textos constitucionales tienen vigencia nacional pero relevancia universal.

En su tercera dimensión —la que corresponde en estricto sentido a su carácter jurídico— las constituciones son normas vinculantes. En esta faceta, en el mundo contemporáneo, las normas constitucionales han venido ganando cada vez mayor relevancia al interior de los ordenamientos a los que ofrecen fundamento y sustento. Durante mucho tiempo, fue la fuente legislativa —la ley ordinaria— la que predominaba en el ámbito de la producción jurídica, pero desde la segunda mitad del siglo xx, las constituciones fueron ganando fuerza normativa. De ahí que tenga sentido observar la evolución de la doctrina constitucional y, sobre todo, la manera en la que fue cobrando vigencia el texto constitucional en el sistema jurídico mexicano. El estudio de esa vigencia en las diferentes áreas del derecho nos permite comprender el sentido vinculante que denota la esencia normativa constitucional. Sin esa dimensión —también analizada en esta colección de ensayos— las constituciones serían solamente documentos históricos, valiosos pero incompletos.

El valor de este conjunto de ensayos reside en su carácter conmemorativo pero también —quizá sobre todo— en su valor científico. De

alguna manera, el paso del tiempo —la llegada del Centenario— se aprovecha como un pretexto para pensar en el sentido de la constitucionalidad, en la historia del constitucionalismo, en la génesis política y social de una Constitución concreta, en el México que la vio nacer y en el país que desde entonces hemos venido construyendo bajo los ojos del mundo.

Por todo lo anterior, en mi calidad de director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, celebro la publicación de estos textos conmemorativos, felicito y agradezco a los autores de los mismos y me congratulo de esta alianza institucional con el Senado y el INEHRM que la ha hecho posible. Espero que los lectores disfruten la lectura de cada uno de ellos y, a través de la misma, puedan aquilatar la enorme valía del conjunto.

PEDRO SALAZAR UGARTE

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM



MÉXICO Y LA CONSTITUCIÓN DE 1917

La Constitución de 1917 fue la culminación del proceso revolucionario que dio origen al México del siglo xx. Para conmemorar el Centenario de la vigencia de nuestra Carta Magna, es menester conocer el contexto nacional e internacional en que se elaboró y cómo es que ha regido la vida de los mexicanos durante un siglo. De ahí la importancia de la obra que hoy presentamos.

El Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México (INEHRM) tiene la satisfacción de publicar, con el Senado de la República y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, la obra “México y la Constitución de 1917”. En ella destacados historiadores y juristas, politólogos y políticos, nos dan una visión multidisciplinaria sobre el panorama histórico, jurídico, político, económico, social y cultural de nuestro país desde la instalación del Congreso Constituyente de 1916-1917 a nuestros días. Científicos sociales y escritores hacen, asimismo, el seguimiento de la evolución que ha tenido el texto constitucional hasta el tiempo presente y su impacto en la vida nacional, así como la prospectiva para el siglo xxi.

La colección inicia con el título *Contexto histórico*, precedido de una introducción de Álvaro Matute. Walter Astié hace el análisis de la situación internacional. Describe el impacto de la Primera Guerra Mundial en nuestro país, las presiones de las grandes potencias y la difícil relación con nuestro vecino del norte. Leonardo Lomelí estudia la situación

económica. Felipe Ávila analiza las principales acciones del gobierno provisional de Venustiano Carranza para pacificar al país, resolver los problemas sociales y consolidar al Estado constitucional. La obra también aborda relevantes temas regionales. Luis Barrón nos expone la importancia de “La Constitución de Coahuila como antecedente para el proyecto carrancista de la Constitución de 1917”. Juan Ricardo Jiménez describe la transformación de la ciudad de Querétaro para convertirse en sede del Congreso Constituyente y capital provisional de la República. Los historiadores Raúl Vela Sosa y Raúl Vela Manzanilla estudian la situación de Yucatán a partir de los cambios realizados por Salvador Alvarado. A continuación, José Woldenberg analiza los antecedentes del Congreso Constituyente a partir de los planes políticos proclamados durante la Revolución. Salvador Rueda estudia el problema de la tierra, una de las más importantes demandas del proceso revolucionario al que se dio respuesta con el artículo 27 constitucional. Anna Ribera Carbó analiza otro de los temas centrales: los derechos de los trabajadores y la solución dada por los constituyentes en el artículo 123. Luz Elena Galván aborda el tema educativo. Roberto Blancarte analiza la cuestión religiosa. Cierra el volumen Silvia Molina con el estudio del panorama cultural. De esta manera tenemos la visión integral del entorno histórico en que se acuñaron, por vez primera en el mundo, los derechos sociales en una constitución.

El libro *Los grandes debates del Congreso Constituyente de Querétaro* se dedica a los debates del Constituyente. José Gamas Torruco analiza las intervenciones más relevantes en las discusiones de los artículos constitucionales más significativos: el 3o., el más discutido y en el que se logró establecer la educación laica; el 24, en el que se dispone la libertad de culto; el 27, que abolió los latifundios y dio personalidad jurídica a la propiedad comunal; el 115, en el que se estableció la autonomía del municipio; el 123, en el que se otorgaron por primera vez a nivel constitucional los derechos laborales, y el 130, que dispuso la separación del Estado y la Iglesia.

La obra *Crónica de la Constitución de 1917 en la prensa de la época*, coordinada por las investigadoras Guadalupe Curiel Defossé y Aurora Cano Andaluz, documenta la crónica periodística de la época. A través de las noticias y los periódicos *El Pueblo*, *El Demócrata*, *El Universal* y

La Defensa, así como de la *Revista Mexicana*, entre 1914 y 1917, conocemos cómo se informó e interpretó lo acontecido en la Revolución y en el Constituyente.

La antología *Memorias y testimonios* compendia los testimonios y recuerdos de Venustiano Carranza. El volumen inicia con el estudio del pensamiento del Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, por Daniel Barceló. Incluye los textos de los protagonistas del proceso revolucionario, ideólogos como Andrés Molina Enríquez, Luis Cabrera, Isidro Fabela, Antonio Díaz Soto y Gama, Alfonso Caso y Vicente Lombardo Toledano; de los constituyentes Heriberto Jara, Froylán C. Manjarrez, Hilario Medina, Francisco J. Múgica, Félix F. Palavicini, Jesús Romero Flores y José María Truchuelo; de los cronistas e historiadores Diego Arenas Guzmán, Salvador Azuela, Jesús Silva Herzog y Gastón García Cantú; de constitucionalistas como Eduardo Pallares, Alberto Trueba Urbina, y los testimonios de Toribio Esquivel Obregón, Roque Estrada Reynoso y Emilio Portes Gil, lo que nos permite conocer el pensamiento que dio origen a nuestro texto constitucional, así como a su evolución.

El libro *Influencia extranjera y trascendencia internacional*, coordinado por Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, reúne las opiniones de destacados constitucionalistas de diversos países del mundo sobre la Constitución mexicana de 1917, así como su impacto en otras latitudes, considerando que es la primera que incorporó los derechos sociales.

En *La Constitución de 1917 en la doctrina jurídica*, Imer B. Flores Mendoza expone los principios jurídicos y políticos fundamentales de la Carta Magna. Los conceptos de *soberanía*, *república*, *federalismo*, *representatividad*, *democracia*, *laicidad*, *derechos sociales*, *municipio libre* y *juicio de amparo*, son pilares esenciales de las instituciones que constituyen nuestro andamiaje constitucional.

El volumen *Constitucionalismo en el siglo XXI. A cien años de la aprobación de la Constitución de 1917*, de la autoría de Francisco José Paoli Bolio, recorre la historia constitucional universal. Estudia la polis griega, la Carta Magna de 1215, la Constitución de Estados Unidos y las constituciones francesas. A continuación hace lo propio con las constituciones mexicanas hasta llegar a la de 1917. El constitucionalista aborda el de-

bate sobre la necesidad de promulgar o no una nueva constitución y nos da su perspectiva sobre la situación actual de México, las influencias internacionales, la globalización y la gobernanza global, así como la prospectiva del constitucionalismo del siglo **xxi**.

El libro *Constitución y literatura* contiene una antología que representa la influencia de la Constitución en la literatura mexicana del siglo **xx**, obra de Vicente Quirarte. A través de sus páginas conocemos el impacto que tuvo el texto constitucional en las letras mexicanas. De la fascinación por la *bola*, los ejércitos revolucionarios, las soldaderas y los grandes caudillos, se pasó a hablar de los ganadores, los que convirtieron la Revolución en gobierno, en leyes, en instituciones.

Los títulos *El poder reformador de la Constitución. El Congreso y su impulso transformador* y *El Senado de la República en cien años de vigencia de la Constitución* abordan la historia del Poder Legislativo en los cien años de vigencia de la Constitución. El de la Cámara de Diputados fue coordinado por el diputado César Camacho Quiroz y el dedicado al Senado por el senador Enrique Burgos García. Cada uno recoge las participaciones de todos los grupos parlamentarios representados en los órganos legislativos.

La obra *Gobierno* se dedica al Poder Ejecutivo federal, y está desarrollada por Alejandro Carrillo Castro. Estudia la forma en que se ha organizado la administración pública federal en el transcurso de los cien años de vigencia de la Constitución.

El Poder Judicial de la Federación y los grandes temas del constitucionalismo en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación explica cómo, desde la perspectiva de la administración de justicia federal, la Suprema Corte y los tribunales del Poder Judicial de la Federación contribuyen a la consolidación del orden constitucional de nuestro país.

A lo largo de cien años, el texto original de nuestra Constitución se ha ido modificando para adecuarse a las circunstancias de cada generación de mexicanos.

Se han ampliado derechos individuales, se han reconocido los derechos colectivos, se han establecido mecanismos para su defensa, se ha adecuado la relación entre el Estado y una sociedad cada vez más plural,

diversa y compleja, sin que ello hubiera significado la modificación de sus principios o directrices esenciales.

En 1953 se reformó el artículo 34 constitucional para otorgarle ciudadanía a la mitad de la población. En 2011 se reformaron los artículos 1o. y 4o. para establecer la progresividad de los derechos humanos y en el 2012 se reformó el artículo 40 para reafirmar que el Estado mexicano es laico. Estas reformas han consolidado principios indispensables de un Estado democrático como son la equidad, la laicidad y la garantía de nuestros derechos constitucionales.

La obra conmemorativa que el lector tiene en sus manos contribuye a enriquecer la cultura jurídica y permite hacer efectivos los tres ejes rectores que los tres Poderes de la Unión establecieron en su Acuerdo del 5 de febrero de 2013, por el que se creó el Comité para la Conmemoración del Centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: recordar la trascendencia histórica del texto constitucional y su contribución al desarrollo político, económico, social y cultural del país; difundir su contenido y concientizar sobre la necesidad del cumplimiento cabal de sus postulados, y reflexionar sobre los mejores mecanismos para hacer efectivos los derechos fundamentales en ella consagrados.

Para mí fue un privilegio coordinar esta obra y contar con el apoyo de distinguidas personalidades del ámbito académico y político. Gracias a su trabajo y entusiasmo ha sido posible la elaboración y publicación de “México y la Constitución de 1917”.

PATRICIA GALEANA

*Instituto Nacional de Estudios Históricos
de las Revoluciones de México*



CONFIGURACIÓN DEL AMPARO COMO UN DERECHO HUMANO INTERNACIONAL: EL APORTE DE MÉXICO

Carlos M. Ayala Corao*

INTRODUCCIÓN

El derecho constitucional incluye dentro de su objeto, no sólo las regulaciones sustanciales en relación con la organización del poder público y la consagración de los derechos, sino también desde su origen y cada vez con mayor énfasis, las previsiones adjetivas tendientes a garantizar la vigencia efectiva del ordenamiento constitucional y en especial de los derechos. Este último objeto es lo que se ha denominado como *derecho procesal constitucional*. En efecto, el Estado constitucional y democrático de derecho, se funda en principios dogmáticos y orgánicos, que suponen la existencia de una Constitución (escrita) como norma jurídica suprema, fuente legitimadora, límite del poder y reconocedora de los derechos. Constitución, cuya supremacía se refuerza con su rigidez, al requerir de procedimientos agravados o extraordinarios para la modificación formal del texto.

La vigencia de la Constitución supone así su capacidad para normativizar la realidad. Sin embargo, ello de por sí no es siempre la regla, por lo que son necesarios los mecanismos adjetivos de naturaleza par-

* Ex presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Universidad Católica “Andrés Bello” (Venezuela), University of Oxford (UK), American University (USA) y Universidad Panamericana (México), entre otras. Miembro de la Comisión Internacional de Juristas.

lamentaria, ejecutiva y muy especialmente judicial, para garantizar la vigencia de la Constitución, frente a los actos que atenten contra ella. Es precisamente a estos últimos mecanismos judiciales, a los que se contrae el derecho procesal constitucional, como garantía efectiva del Estado de derecho.

Ahora bien, en la fundamentación de las garantías judiciales para la vigencia constitucional, está un derecho de toda persona a la vigencia de la Constitución. Ese derecho puede tener diversas formas de expresión, fundamentalmente a través de las acciones de inconstitucionalidad contra actos estatales, las excepciones de inconstitucionalidad, y las acciones de amparo y/o *habeas corpus*. En el derecho constitucional latinoamericano, las acciones o recursos de amparo, *habeas corpus* o sus equivalentes, constituyen los mecanismos judiciales especializados para la tutela o protección efectiva de los derechos constitucionales. Ahora bien, entre los derechos tutelados por este tipo de acciones, se encuentran no sólo los derechos constitucionales consagrados expresamente en el texto fundamental, sino además los derechos constitucionales implícitos, y los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales. Cuando estos mecanismos se consideran agotados sin éxito reparador, se abre la jurisdicción internacional de los derechos humanos, a través del amparo internacional o del amparo interamericano.¹

LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL AMPARO

El ejercicio del derecho a la vigencia y protección de los derechos constitucionales mediante acciones o recursos judiciales sencillos y expeditos, tiene su origen en Latinoamérica en la institución del amparo constitucional, la cual surgió a nivel constitucional en México, en el Acta de Reformas de 1847² y en la Constitución Federal de

¹ Véase Carlos Manuel Ayala Corao, *Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*, Caracas/San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Editorial Jurídica Venezolana, 1998.

² El artículo 25 del Acta de Reformas de 1847, instrumento complementario de la Constitución del 1824, establecía: “Los tribunales de la federación *ampararán* a cualquier habitante de la República en el ejercicio y conservación de los derechos que le conceda

1857.³ Dicha acción surgió con la finalidad de revisar la constitucionalidad de las leyes en los casos concretos que afecten derechos constitucionales, originalmente sólo individuales. Sin embargo, en la actualidad el amparo mexicano luego de una compleja evolución, se ha configurado en lo que Fix-Zamudio⁴ ha denominado, una *federación de instrumentos procesales*, a través del amparo de la libertad o *habeas corpus*; el amparo contra leyes, a su vez mediante la acción de inconstitucionalidad y el recurso de inconstitucionalidad; el amparo contra actos administrativos (contencioso-administrativo); el amparo contra sentencias (casación), y el amparo agrario. Ello ha permitido concluir, que el amparo mexicano configura una tutela específica de los derechos humanos, particularmente en los casos de amparo contra leyes, amparo de la libertad y amparo contra actos administrativos.

Si bien el amparo mexicano como tal no ha sido adoptado en el resto de Latinoamérica, ha influido desde el siglo XIX en la creación de las diversas modalidades de amparo constitucional, como fue el caso de El Salvador (1886), Honduras y Nicaragua (1894).

En la actualidad, bajo el nombre de *amparo*, en la mayoría de los casos incluso a nivel constitucional, al menos 13 ordenamientos latinoamericanos han adoptado expresamente este instituto para la protección de los derechos de la persona: Argentina;⁵ Bolivia;⁶ Costa Rica;⁷

esta Constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los poderes legislativo y ejecutivo, ya de la federación, ya de los Estados, limitándose dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre el que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o del acto que lo motivare” (énfasis añadido).

³ Artículos 101 y 102 de la Constitución Federal de México de 1857. Sobre el origen del derecho de amparo en México, véase José Barragán, *Algunos documentos para el estudio del origen del juicio de amparo 1812-1861*, México, UNAM, 1987.

⁴ Héctor Fix-Zamudio, *Justicia constitucional. Ombudsman y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993, pp. 427 y ss.

⁵ Artículo 43, Constitución de la Nación Argentina, reformada en 1994 (Constitución de Argentina), y Ley Federal de 1967.

⁶ Artículos 128 y 129 (Sección II: Acción de Amparo Constitucional). Constitución Política de Bolivia de 2009 (Constitución de Bolivia).

⁷ Artículo 48, Constitución Política de la República de Costa Rica de 1949, con reforma de 1989 (Constitución de Costa Rica).

El Salvador;⁸ Guatemala;⁹ Honduras;¹⁰ México;¹¹ Nicaragua;¹² Panamá;¹³ Paraguay;¹⁴ Perú;¹⁵ Uruguay,¹⁶ y Venezuela.¹⁷

La institución equivalente en términos generales al amparo, adquiere otras denominaciones en Brasil, Chile y Colombia, con previsión expresa a nivel constitucional. En Brasil, desde 1934 y en la actualidad, entre las garantías judiciales de los derechos constitucionales, se consagra en particular una figura equivalente al amparo, denominada *mandado de segurança*.¹⁸ En Chile, desde 1980¹⁹ se consagró el *recurso de protección*, y en Colombia, desde 1991 se consagró la *acción de tutela*.²⁰

Pues bien, todas estas instituciones de *amparo constitucional*, algunas de ellas con distintas denominaciones y regulaciones, están diseñadas en términos generales en Latinoamérica, como instrumentos para la protección de los derechos, aunque bajo distintas modalidades, como se verá más adelante.

⁸ Artículo 182, ordinal 1o., Constitución de la República de El Salvador de 1983 (Constitución de El Salvador).

⁹ Artículo 265, Constitución Política de la República de Guatemala de 1985 (Constitución de Guatemala).

¹⁰ Artículo 183, Constitución de la República de Honduras de 1982 (Constitución de Honduras).

¹¹ Artículo 107, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, reformada (Constitución de México).

¹² Artículo 188, Constitución de la República de Nicaragua de 1995 (Constitución de Nicaragua).

¹³ Artículo 50, Constitución de la República de Panamá de 1972 con reforma de 1983 (Constitución de Panamá).

¹⁴ Artículo 134, Constitución de la República de Paraguay de 1992 (Constitución de Paraguay).

¹⁵ Artículo 295, Constitución de la República de Perú de 1979 y artículo 200 de la Constitución de 1993 (Constitución de Perú).

¹⁶ A pesar de las declaraciones generales contenidas en los Artículo 7 y 72, Constitución de la República Oriental de Uruguay de 1966, reformada en 1996 (Constitución de Uruguay); en la Ley de 1984 reformada en 1988.

¹⁷ Artículo 27, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 (Constitución de Venezuela).

¹⁸ Artículo 5o., secciones LXIX y LXX de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 (Constitución de Brasil).

¹⁹ Artículo 21, Constitución Política de la República de Chile de 1980, reformada (Constitución de Chile).

²⁰ Artículo 86, Constitución Política de Colombia de 1991 (Constitución de Colombia).

LA CONFIGURACION INTERNACIONAL DEL AMPARO COMO UN DERECHO HUMANO

El surgimiento y consolidación del *amparo* en ámbito del derecho constitucional latinoamericano fue seguido por su reconocimiento a nivel internacional a partir de 1948 en diversos instrumentos internacionales: como un derecho humano de toda persona a un recurso sencillo, rápido y en definitiva efectivo, que la *ampare* ante jueces o tribunales competentes, contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley, o los propios instrumentos internacionales.

Ese reconocimiento internacional tuvo su primer hito en 1948 en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, seguido de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y posteriormente se consuma definitivamente en 1969 con su consagración en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. No es casual por tanto, la referencia al *amparo* en dichos instrumentos internacionales mediante la referencia expresa a ese recurso judicial para que se “ampare” a las personas en sus derechos. Ello se debe, según lo ha anotado Fix-Zamudio, a la sugerencia formulada por los representantes mexicanos ante las diversas conferencias y reuniones internacionales que han preparado y aprobado dichos instrumentos.²¹

De esta forma, la consagración del amparo como derecho humano para la protección de todos los derechos, ha sido reconocida expresa e implícitamente en los siguientes instrumentos internacionales:

1. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre²²

Artículo XVIII: Toda persona puede ocurrir ante los Tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo *ampare* contra actos de la autoridad que vio-

²¹ Héctor Fix-Zamudio, *Justicia constitucional. Ombudsman y derechos humanos*, cit., pp. 427 y ss.

²² Bogotá, 30 de abril de 1948, en *Documentos Básicos en materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, Washington, D.C., Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, 2012, disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp.

28 • CONFIGURACIÓN DEL AMPARO COMO UN DERECHO HUMANO...

len en perjuicio suyo, a alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente (énfasis añadido).

La IX Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá entre finales de mayo y comienzos de junio de 1948, culminó con la aprobación de la Carta constitutiva de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y la adopción de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre —además de una Carta de Garantías Sociales—.

Con anterioridad a la celebración de la Conferencia Internacional Americana, la Secretaría de Relaciones Exteriores de México había hecho circular un documento donde su titular, Jaime Torres Bodet, expuso “los principales puntos de vista que habrían de ser sostenidos por la delegación mexicana en la Conferencia de Bogotá”, en el cual figuraba como punto 3, que “los derechos del hombre han de ser motivo de una declaración especial. Su protección compete a cada Estado. *La generalización de un recurso como el juicio de amparo es de recomendarse*”.²³ Se trataba en definitiva de lograr la proyección internacional del amparo como institución mexicana y latinoamericana en el texto de la Declaración propuesta. Esta iniciativa tuvo también como motivación en dicha delegación, como veremos más adelante, buscar una alternativa para evitar la creación en ese momento, de mecanismos de protección internacional de los derechos humanos.

De esta manera resulta natural que la propuesta de incorporar en el artículo XVIII de la Declaración Americana el reconocimiento del amparo judicial para la protección de los derechos constitucionales mediante un “procedimiento sencillo y breve que *ampare*”, haya sido una iniciativa de la delegación mexicana en la Conferencia de Bogotá.²⁴ Dicha delegación estuvo presidida por el entonces secretario de

²³ Archivo Histórico “Genaro Estrada” de la Secretaría de Relaciones Exteriores de México, Expediente III, 1038.1; Cuarta Parte; Asunto IX Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá, Colombia, citado por Alberto Abad Suárez Ávila, “La participación de la delegación mexicana en la proyección del amparo mexicano en el ámbito internacional”, en Francisco Tortolero Cervantes y Carlos Pérez Vázquez (coords.), *El juicio de amparo en la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014, p. 225.

²⁴ Alberto Abad Suárez Ávila, *op. cit.*, p. 224.

Relaciones Exteriores, Jaime Torres Bodet, y contó con la destacada participación de Pablo Campos Ortiz quien tuvo el apoyo del constitucionalista mexicano Germán Fernández del Castillo.²⁵

Es curioso constatar que el término *amparo* incorporado en el artículo XVIII de esta Declaración en forma del verbo “*ampare*”, no figure en los textos de dicho instrumento en los demás idiomas oficiales (inglés, francés y portugués). Ello posiblemente se deba a que este término no tenga una traducción literal o exacta en los demás idiomas, optándose simplemente por el sinónimo de “*protección*”.²⁶ En todo caso, siendo el término *amparo* propio del idioma español y la tradición latinoamericana, es evidente que la institución de un derecho humano a la protección de los derechos ante los tribunales del Estado mediante un procedimiento sencillo y breve, había logrado por primera vez su reconocimiento internacional expreso en la Declaración Americana.

2. La Declaración Universal de los Derechos Humanos:²⁷ “Artículo 8: Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la *ampare* contra actos que violen sus

²⁵ Además de Pablo Campos Ortiz el canciller mexicano designó como delegados de su país a Roberto Córdova, Luis Quintanilla, José María Ortiz Tirado, Antonio Carrillo Flores, Eduardo Villaseñor, José Gorostiza, Gabriel Ramos Millán, José López Bermúdez, Ernesto Enríquez, Mario de la Cueva, y Francisco A. Ursúa, y en la Sección de Asesores, además de Germán Fernández del Castillo fueron designados Manuel Cabrera Carrasquero, Gilberto Loyo y Antonio Gómez Robledo. Véase Alberto Abad Suárez Ávila, *op. cit.*, pp. 218, 2, 21-222.

²⁶ Inglés: “Article XVIII. Every person may resort to the courts to ensure respect for his legal rights. There should likewise be available to him a simple, brief procedure whereby the courts will *protect* him from acts of authority that, to his prejudice, violate any fundamental constitutional rights” (énfasis añadido).

Francés: “Article XVIII. Toute personne peut recourir aux tribunaux pour faire valoir ses droits. De même, il doit exister une procédure simple et rapide qui permette à la justice de la *protéger* contre les actes de l'autorité violant, à son préjudice, certains droits fondamentaux reconnus par la constitution” (énfasis añadido).

Portugués: “Artigo XVIII. Toda pessoa pode recorrer aos tribunais para fazer respeitar os seus direitos. Deve poder contar, outrossim, com processo simples e breve, mediante o qual a justiça a *proteja* contra atos de autoridade que violem, em seu prejuízo, qualquer dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente” (énfasis añadido).

²⁷ *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, París, 10 de diciembre de 1948. Véase *Derechos humanos. Textos internacionales*, Madrid, Tecnos, 1991. Véase también: Nikken, Pedro, *Código de Derechos Humanos. Compilación y estudio preliminar*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1991, pp. 61-67.

derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley (énfasis añadido)”.

Una vez logrado el consenso americano y consolidadas las repúblicas americanas en su posición común sobre el reconocimiento del derecho de amparo como un derecho a la protección de los derechos (constitucionales) mediante un recurso o procedimiento sencillo y breve ante los tribunales competentes, el próximo paso natural fue lograr su reconocimiento en el texto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el ámbito de la ONU, que terminó adoptándose en la Asamblea General celebrada en París el 10 de diciembre de 1948.

El 28 de agosto de 1948, el secretario de Relaciones Exteriores de México, Jaime Torres Bodet, le comunicó al embajador mexicano Pablo Campos Ortiz, su nombramiento como delegado ante la “Tercera Reunión de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en virtud de que estaban por inaugurarse en septiembre de ese año los trabajos concernientes a la Declaración Universal de los Derechos Humanos en París, Francia”.²⁸

La propuesta relativa al reconocimiento internacional del instituto del amparo fue presentada originalmente por la delegación mexicana durante los debates de la Tercera Comisión con el respaldo de las delegaciones latinoamericanas. Luego de diversas observaciones y propuestas se presentó un texto simplificado y posteriormente, se presentó una propuesta consolidada de México, Chile y Venezuela.²⁹ Esta propuesta conjunta, luego de algunos ajustes de redacción fue la que resultó aprobada por los integrantes de la Tercera Comisión (por 46 votos a favor, sin votos en contra y tres abstenciones) en los términos del texto actual

²⁸ Expediente 1/131/10774; legajo 8-4-1; parte V; asunto: Pablo Campos Ortiz, citado por Alberto Abad Suárez Ávila, *op. cit.*, pp. 230. Junto al embajador Pablo Campos Ortiz también concurrieron como integrantes de la delegación mexicana: Luis Padilla Nervo (jefe de la delegación), Francisco del Río y Cañedo, Pedro de Alba y Raúl Noriega; como representantes alternos: Gilberto Loyo y Anselmo Mena; como consejero: Francisco Vásquez Treserra, y como secretario general adjunto: Francisco Cuevas Cancino (“Actividades de México en la Organización de las Naciones Unidas”, en *Memooria de la SER: Septiembre de 1948-Agosto 1949, presentado al H. Congreso de la Unión por el C. Manuel Tello, subsecretario encargado del despacho*, México, SER, 1949, p. 23).

²⁹ Doc. A/C.3/309, 25 de octubre de 1948, citado por Mauricio Iván del Toro Huerta, “Raíces mexicanas del artículo 8 de la DUDH: texto, contexto y proyección internacional”, *El juicio de amparo en la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, p. 250.

del artículo 8o. de la Declaración Universal.³⁰ La propuesta final del artículo 8o. fue aprobada por unanimidad sin abstenciones por las 56 delegaciones reunidas en la Asamblea General de las Naciones Unidas en París.³¹

En su discurso ante la Asamblea General en la noche en que fue adoptada la Declaración Universal, el embajador Pablo Campos Ortiz al agradecer a las demás delegaciones el apoyo a las propuestas de México, expresó:

Quiero referirme, especialmente, a nuestra iniciativa para que sea un derecho esencial del hombre el tener a su alcance un recurso judicial efectivo, simple y rápido, que lo ampare contra actos que violen, en su perjuicio, derechos y libertades fundamentales que le reconocen la Constitución y la ley.

Esta enmienda ha sido recogida en el artículo 9 [8 actual], quedando así consagrada en el campo internacional, una institución jurídica que es común a numerosos países de América Latina y que figura en la legislación mexicana desde hace más de una centuria. La mejor garantía, en la esfera de las jurisdicciones nacionales, para asegurar el respeto de los derechos humanos será, sin duda, este recurso judicial que se denomina con la sencilla expresión de las cosas precisas: Derecho de amparo.³²

Conforme lo recuerda el ilustre jurista francés y uno de los principales redactores de la Declaración Universal, René Cassin, la delegación mexicana fue en definitiva “la autora de un texto muy importante, a saber: el artículo 8”.³³ Y como lo ha aseverado el ilustre jurista brasileño Antonio Augusto Cançado Trindade, el texto del artículo 8o. “representa la contribución latinoamericana por excelencia a la Declaración Universal”.³⁴

³⁰ Mauricio Iván del Toro Huerta, *op. cit.*, p. 251.

³¹ René Cassin, *La Déclaration universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme*, Académie de droit international de La Haye, vol. 79 (1951-I), p. 277 y ss.

³² Mauricio del Toro Huerta, *La Declaración Universal de Derechos Humanos: un texto multidimensional*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2012, pp. 131 y ss.

³³ René Cassin, “El problema de la realización efectiva de los derechos humanos en la sociedad universal”, *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, p. 397.

³⁴ Antonio Augusto Cançado Trindade, “Los aportes latinoamericanos al derecho y a la justicia internacionales”, en Antonio Augusto Cançado Trindade y Alfredo Martí-

Al igual de lo que había ocurrido en la Declaración Americana, el término *amparo* incorporado en el texto en español del artículo 8o. de la Declaración Universal en forma del verbo “*ampare*”, no figura en los textos de dicho instrumento en los demás idiomas oficiales del momento (inglés, francés, ruso y chino), habiéndose optado en esos otros igualmente por el mismo sinónimo de *protección*. En todo caso, la institución latinoamericana del amparo como un derecho humano a la protección de los derechos ante los tribunales del Estado mediante un procedimiento sencillo y breve, había logrado por segunda vez su reconocimiento internacional expreso, ahora a nivel mundial, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Con posterioridad, ese derecho al amparo, es decir, a la protección judicial efectiva de los demás derechos, cuyo reconocimiento internacional había logrado consolidarse en 1948 en las Declaraciones Americana y Universal, va a continuar su reconocimiento convencional internacional implícito y finalmente explícito en los textos de los tratados sobre derechos humanos, tanto en los ámbitos regionales como en el universal.

En el ámbito universal, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos³⁵ —sin hacer referencia expresa al término del derecho de la persona a que se le *ampare*— dispone:

Artículo 2, fracción 3a.: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrán interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y a desarrollar las posibilidades de recurso judicial;

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

nez Moreno, *Doctrina latinoamericana del derecho internacional*, t. I, San José, Costa Rica, Corte IDH, 2003, p. 59.

³⁵ *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos*, ONU, 16 de diciembre de 1966, en *Derechos humanos. Textos internacionales*, cit., y en Pedro Nikken, *op. cit.*, pp. 80-100.

En el ámbito europeo, la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales —también sin hacer referencia expresa al término del derecho de la persona a que se le *ampare*—, establece:³⁶

Artículo 13: Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos por la presente Convención hubiesen sido violados, tienen derecho a que se le conceda un recurso efectivo ante una autoridad nacional, incluso cuando la violación hubiese sido cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

En el ámbito africano, la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos —también sin hacer referencia expresa al término del derecho de la persona a que se le *ampare*—, establece:³⁷

Artículo 7.1 Todo individuo tiene derecho a que sea visto su caso, lo cual implica: a) derecho de apelación a órganos nacionales competentes contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos y garantizados por los convenios, leyes, ordenanzas y costumbres vigentes...

Y en el ámbito regional interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos,³⁸ se logra la consagración convencional expresa del amparo como el derecho de toda persona a que se le *ampare* en su derecho, al establecer:

Artículo 25. Protección Judicial:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la *am-*

³⁶ *Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*, Roma, 4 de noviembre de 1950, *Derechos humanos. Textos internacionales*, cit. Véase, también, Eduardo García de Enterría *et al.*, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 661-682.

³⁷ Organización de Estados Africanos, *Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos*, aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya, entró en vigencia el 21 de octubre de 1986.

³⁸ *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969, en *Documentos Básicos en materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, cit.

pare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades del recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso. (énfasis añadido).

La relación de los instrumentos internacionales convencionales mencionados permite afirmar, que la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, con especial énfasis desde y en el ámbito americano, ha sido pionera en la consagración y reconocimiento de un derecho humano al *amparo* que tiene toda persona, a fin de obtener la protección o tutela judicial de sus derechos, ello es, de un derecho-garantía, con los siguientes elementos integrantes:

1. Un recurso sencillo, rápido y efectivo.
2. Ante los tribunales o jueces competentes, que en los términos de dichos instrumentos deben gozar de la condición de independencia.³⁹
3. El acto violatorio o lesivo puede estar constituido indistintamente por actos privados o del poder público. Ello diferencia al amparo latinoamericano del europeo, el cual está circunscrito a los actos del poder público.
4. El objeto tutelado son precisamente todos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, la ley o en los pactos o convenciones (instrumentos) internacionales.
5. La efectividad del recurso comprende la reparabilidad de la violación a través de la garantía de cumplimiento por las autoridades competentes, de toda sentencia en que se haya estimado procedente el recurso.
6. Por último, pero no menos importante, los Estados han asumido una obligación de hacer, consistente en desarrollar, mediante

³⁹ Artículo 8o., Convención Americana sobre Derechos Humanos.

medidas legislativas y de otra naturaleza, las posibilidades del amparo o del recurso efectivo en definitiva equivalente.

Lo anterior, nos permite concluir que en Latinoamérica el amparo constitucional no es sólo una garantía judicial de los derechos constitucionales, sino por sobre todo, un derecho humano a la protección judicial de los demás derechos humanos, constitucionales y legales, incluidos aquellos reconocidos en los instrumentos internacionales.

EL AMPARO COMO GARANTIA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

El amparo constitucional se ha configurado en los ordenamientos latinoamericanos, como un instituto especial para la protección de los derechos consagrados expresa o implícitamente en la Constitución. Ello, como fue esbozado por Brewer-Carías, ha tenido lugar fundamentalmente a través de tres modalidades: el amparo como mecanismo de protección de todos los derechos y garantías constitucionales; el amparo como mecanismo de protección de los derechos constitucionales, excepto de aquéllos protegidos por otras acciones o recursos (por ejemplo, la libertad a través del *habeas corpus*), y el amparo (y otras acciones o recursos) circunscrito exclusivamente a ciertos y determinados derechos constitucionales.⁴⁰

*El amparo como mecanismo de protección de todos
los derechos y garantías constitucionales*

En México⁴¹ y Venezuela, el amparo es un instituto genérico para la protección de todos los derechos y garantías constitucionales. En estos casos, el *habeas corpus* es un subtipo del amparo para la protección de la libertad y seguridad personales, ello es, el amparo de la libertad y seguridad personales.

En México, como se dijo *supra*, el amparo constituye una federación de acciones para la protección de todas las categorías de derechos

⁴⁰ Allan R. Brewer-Carías, *El amparo a los derechos y garantías constitucionales (una aproximación comparativa)*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1993, pp. 63-88.

⁴¹ Artículo 107, Constitución de México.

constitucionales, a través de sus diversas modalidades en los términos expuestos.

En el caso de Venezuela, desde la Constitución 1961 se concibe al amparo como el derecho-garantía para la protección del goce y ejercicio de todos los “derechos y garantías que la Constitución establece”. Esos derechos y garantías constitucionales pueden ser los expresamente enunciados en el texto fundamental, y los derechos implícitos no enunciados expresamente, que son los inherentes a la persona humana.⁴² En este sentido, la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales establece que la acción de amparo procede, para la protección del goce y ejercicio de “los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos derechos fundamentales de la persona humana que no figuren expresamente en la Constitución”. Y en relación con la garantía de la libertad y seguridad personales, la propia ley de amparo establece que su protección a través del *habeas corpus* se regirá por ella. De hecho, el título V de dicha ley se denomina, “Del Amparo de la libertad y seguridad personales”, al cual le son aplicables las disposiciones de la ley pertenecientes al amparo en general.⁴³

El amparo como mecanismo de protección de los derechos constitucionales, excepto de aquéllos protegidos por otras acciones o recursos constitucionales

Esta modalidad es la más generalizada en latinoamérica, y consiste en que la protección de los derechos se ha asignado principalmente al amparo; pero la protección de ciertas categorías de derechos como la libertad e integridad personales, y la libertad e intimidad informática, se encuentra asignada a otros recursos o acciones, como son principalmente el *habeas corpus* y el *habeas data*.

En el caso de Costa Rica,⁴⁴ el *habeas corpus* tiene por objeto garantizar la libertad e integridad personales; mientras que el amparo está destinado a la protección de los otros derechos consagrados en

⁴² Artículos 22 y 27, Constitución de Venezuela.

⁴³ Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, *Gaceta Oficial*, núm. 33.891 de 22-1-88, artículos 1o. y 38.

⁴⁴ Artículo 48, Constitución de Costa Rica.

la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Este es el esquema fundamental que rige la situación en los casos de Guatemala,⁴⁵ El Salvador,⁴⁶ Bolivia,⁴⁷ Honduras,⁴⁸ y Nicaragua.⁴⁹ Así mismo, en el caso de Uruguay,⁵⁰ la acción de amparo tiene por objeto la tutela de los derechos constitucionales expresos e implícitos, mientras que el *habeas corpus* está referido a la protección de la libertad personal.

En los casos de Argentina y Perú, además de las acciones de amparo y *habeas corpus*, se incluye la de *habeas data*. Así tenemos que en Argentina: a) la acción de amparo, tiene por objeto la protección de los derechos reconocidos por la Constitución (un tratado o una ley), así mismo, esta acción puede ser interpuesta contra cualquier forma de discriminación, y en lo relativo a los derechos al ambiente, competencia, usuario, consumidor y los derechos de incidencia colectiva en general; b) el *habeas corpus*, está referido a la libertad física, a las condiciones de detención o la desaparición forzada de personas, y c) la acción de *habeas data*, está destinada a la protección del derecho a la autodeterminación informativa e intimidad informática.⁵¹ En Perú la situación es similar a la argentina, ya que: a) la acción de amparo, tiene por objeto la tutela de los derechos distintos a la libertad individual y a los tutelados por el *habeas data*; b) el *habeas corpus*, tiene así por objeto la protección de la libertad individual o los derechos constitucionales conexos, y finalmente, c) el *habeas data*, está destinado a la protección de la libertad e intimidad informática.⁵²

⁴⁵ Artículos 263 y 265, Constitución de Guatemala.

⁴⁶ Artículos 182, ordinal 1o. y 247, Constitución de El Salvador.

⁴⁷ Artículos 13, 128 y 129, Constitución de Bolivia.

⁴⁸ Artículos 182 y 183, Constitución de Honduras.

⁴⁹ Artículos 188 y 189, Constitución de Nicaragua.

⁵⁰ Artículo 1o., Ley 16011 de 1988 de Uruguay.

⁵¹ Artículo 43, Constitución de Argentina. Véase Néstor Pedro Sagüés, *Derecho procesal constitucional*, t. II *Acción de Amparo* y t. IV *Habeas corpus*, Buenos Aires, 1988; Germán Bidart, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, 1995.

⁵² Artículo 200 de la Constitución de la República de Perú. Véase Alberto Borea, *Evolución de las garantías constitucionales (habeas corpus; acción de amparo; habeas data; acción de cumplimiento)*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1996; Samuel Abad, *El amparo contra leyes en Lecturas Constitucionales Andinas*, Lima, 1994; *Garantías Constitucionales. Legislación vigente*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1995; Víctor Julio Ortecho Villena, *Derechos y garantías constitucionales*, Lima, 1985; Enrique

El último caso en esta categoría, aun con mayor diversidad de acciones de protección constitucional, es el de Brasil: *a)* el *mandado de segurança individual* equivalente al amparo, tiene por objeto la protección de los derechos líquidos y ciertos no protegidos por el *habeas corpus* o el *habeas data*; *b)* el *habeas corpus*, está destinado a la protección de la libertad física (de locomoción); *c)* el *habeas data*, tiene por objeto proteger el derecho a la autodeterminación informativa y la intimidad informática; *d)* el *mandato de injunção* tiene por objeto la protección frente a una omisión legislativa que impida o lesione derechos constitucionales y las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, soberanía y ciudadanía, y *e)* por último, el *mandado de segurança coletivo* tiene por objeto la protección de los intereses de los miembros y asociados de los partidos políticos (con representación en el Congreso Nacional), sindicatos y asociaciones.⁵³

El amparo limitado a ciertos y determinados derechos constitucionales

Esta clasificación se refiere a aquellos sistemas en los cuales el amparo latinoamericano o sus instituciones equivalentes, no protegen todos los derechos constitucionales sino a ciertos y determinados derechos normalmente denominados como *fundamentales*. Los antecedentes de este tipo pueden encontrarse en el amparo alemán (*verfasunwesverde*) limitado a la protección de la categoría de los denominados *derechos fundamentales* (*grundrechte*), delimitados e identificados expresamente en la propia Constitución.⁵⁴ En el mismo sentido, el amparo en España tiene por objeto la tutela de los *derechos fundamentales*, entendidos por tales, los consagrados en el capítulo segundo y su sección primera.⁵⁵

Bernales Ballesteros, *La Constitución de 1993. Análisis comparado*, Lima, 1996, pp. 703-728.

⁵³ Artículo 5o., secciones LXVII, LXIX, LXX y LXXII, Constitución de Brasil. Véase Hely López Meirellos, *Mandado de segurança e Ação Popular*, Sao Paulo, 1985.

⁵⁴ Capítulo I “Derechos Fundamentales”, artículos 1o. al 19, Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, (originalmente de Bonn), del 23 de mayo de 1949, modificada por el Tratado de Unión del 31 de agosto de 1990. Véase Francisco Rubio Llorente y Mariano Daranás Pelaéz (eds.), *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Barcelona, Ariel, 1996.

⁵⁵ Artículos 14 al 20, 30 y 53.2., Constitución de España de 1978 (Constitución de España).

En Latinoamérica dicho esquema ha sido acogido en las Constituciones de Colombia y Chile, en las cuales la protección del amparo (acción de tutela y recurso de protección, respectivamente) está limitada constitucionalmente a determinada categoría de derechos. Al igual que en la clasificación antes estudiada, en estos dos países convive el *habeas corpus* como mecanismo de protección de la libertad personal.

En Chile incluso se denomina *amparo* al *habeas corpus*, es decir, al recurso destinado a proteger la libertad personal y la seguridad individual. El instituto chileno equivalente al amparo latinoamericano, que adquiere en Chile la denominación de *recurso de protección*, tiene por objeto la protección de un grupo de derechos determinados y taxativos. Estos derechos están fundamentalmente referidos a: la vida, integridad personal, libertad personal, garantías judiciales del debido proceso, protección a la honra y dignidad, libertad de conciencia, y religión, libertad de pensamiento y de expresión, rectificación y respuesta, reunión, asociación, propiedad, inviolabilidad del hogar, e igualdad ante la ley.⁵⁶ A pesar de esta limitación de texto, la jurisprudencia del recurso de protección emanada de las Cortes de Apelaciones, ha extendido el objeto de la tutela de este recurso a otros derechos, mediante la técnica de su inclusión implícita en alguno de los derechos de protección expresa. De esta forma, distintas situaciones han adquirido curiosamente su protección a través de una interpretación extensiva y amplia particularmente del derecho de propiedad tanto material como inmaterial, relativa al derecho sobre bienes incorpóreos. Tal ha sido el caso de recursos de protección relativos a materias como la estabilidad en cargos públicos o en institutos educativos, derechos de pensión, salud, etcétera.⁵⁷

Por su lado, en el caso de Colombia, la institución equivalente al amparo constitucional latinoamericano es la *acción de tutela*, la cual tiene por objeto la protección de una categoría determinada de derechos, denominados *derechos constitucionales fundamentales*. Dentro de

⁵⁶ Artículos 20 y 21, respectivamente. Artículos 19, número 1o., 2o., 3o., inciso cuarto, 4o., 5o., 6o. y 9o., inciso final, 11, 12, 13, 15 y 16 en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19, 21, 22, 23, 24 y 25, Constitución de Chile.

⁵⁷ Véase Enrique Paillas, *El recurso de protección ante el derecho comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990.

los *derechos fundamentales* consagrados en el capítulo I del título II de la Constitución, están comprendidos el recurso de *habeas corpus* que tutela la libertad personal, y el *habeas data* que tiene por objeto el derecho a la intimidad y a la libertad de informaciones, datos y comunicaciones personales. De esta forma, los derechos fundamentales objeto de protección por la acción de tutela, están principalmente referidos a: la vida, reconocimiento de la personalidad jurídica, integridad personal, prohibición de esclavitud y servidumbre, libertad personal (como se vio, a través del *habeas corpus*), garantías judiciales del debido proceso, protección a la honra y dignidad, libertad de conciencia y religión, libertad de pensamiento y expresión, derecho de reunión, libertad de asociación y residencia, derechos políticos, igualdad ante la ley, derecho de petición, derecho al trabajo y derecho a la paz.⁵⁸ Así mismo, en el caso de Colombia, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha ampliado los derechos objeto de protección a través de la acción de tutela, a través de la inclusión o cobertura de otros derechos, utilizando el criterio de *conexidad* con los derechos fundamentales, como por ejemplo, la protección de la salud por conexión con el derecho a la vida. Con respecto a la delimitación del concepto de *derechos por conexidad* la Corte Constitucional colombiana ha establecido que:⁵⁹

Los *derechos fundamentales por conexidad* son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, le es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueran protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Es el caso de la salud, que no siendo en principio un derecho fundamental, pasa a gozar de esta categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su vida.

⁵⁸ Artículos 86, 30, 15 y 11 al 41 respectivamente, Constitución de Colombia. Véase: Dueñas Ruiz, Oscar, *Procedimientos en la tutela y control constitucional*, Bogotá, 1996; Charry, J. M., *La acción de tutela*, Bogotá, 1992; Jorge Arenas Salazar, *La Tutela*, Bogotá, 1992; Javier Tobo Rodríguez, *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*, Bogotá, 1996.

⁵⁹ ST-491 de 1992. Véase Eduardo Cifuentes, “Acción de tutela: el constitucionalismo de la pobreza”, *Lecturas Constitucionales Andinas* 3, Perú, Comisión Andina de Juristas, 1994, p. 116.

EL AMPARO COMO GARANTIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

El amparo constitucional se ha venido configurando paulatinamente en latinoamérica, como una garantía para la protección no sólo de los derechos constitucionales en sentido estricto, sino además y expresamente, para la protección de los derechos humanos consagrados en los diversos instrumentos internacionales. Dicho movimiento tutelar ha tenido su inspiración en la jurisprudencia interamericana, la cual ha sido recogida no sólo por la Constitución costarricense, sino por la jurisprudencia en plena gestación y desarrollo en algunos países de la región.

La jurisprudencia interamericana y sus implicaciones

En virtud de que todos los Estados latinoamericanos han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José de Costa Rica”, el derecho a la protección judicial de los derechos humanos consagrado en ese instrumento internacional, se debe ejercer en la jurisdicción de dichos Estados partes, fundamentalmente a través del amparo constitucional o sus equivalentes, y las demás acciones o recursos judiciales especializados. En efecto, como se vio *supra*, la Convención Americana consagra el derecho de toda persona, a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, para que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Convención.⁶⁰

Este derecho constituye un *estándar mínimo común* para los Estados partes de la Convención Americana, que consiste en la obligación de garantizar la protección judicial de los derechos consagrados en la propia Convención (además de sus Constituciones y leyes), mediante recursos sencillos, rápidos y efectivos. Este derecho es en definitiva, una determinación específica, de la obligación internacional asumida por todos los Estados partes de esa Convención, de “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno

⁶⁰ Artículo 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos.

ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción”.⁶¹ En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que:⁶²

La obligación de los Estados Partes de suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (artículo 25), que deben ser sustanciados con la reglas del debido proceso (artículo 8.1.), está comprendida en la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención.

En relación con el derecho consagrado en el artículo 25.1 de la Convención y su vinculación con la institución de amparo constitucional, la Corte Interamericana ha sostenido que:⁶³

El texto citado es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, entendido como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados Partes y por la Convención. Puesto que todos los derechos son susceptibles de suspensión en situaciones de emergencia.

El hábeas corpus en su sentido clásico, regulado por los ordenamientos americanos, tutela de manera directa la libertad personal o física contra detenciones arbitrarias, por medio del mandato judicial dirigido a las autoridades correspondientes a fin de que se lleve al detenido a la presencia del juez para que éste pueda examinar la legalidad de la privación y, en su caso, decretar su libertad. En la Convención este procedimiento aparece en el artículo 7.6... Si se examinan conjuntamente los dos procedimientos, puede afirmarse que el amparo es el género y el hábeas corpus uno de sus aspectos específicos...

⁶¹ Artículo 1.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁶² Corte IDH, *Caso Velázquez Rodríguez y otros*, sentencia del 26 de junio de 1987, párrafos 90 a 92. Véase Manuel E. Ventura Robles *et al.*, *Sistematización de la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1981-1991*, San José de Costa Rica, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1996.

⁶³ Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-8/87*. Véase Manuel E. Ventura Robles y Daniel Zovatto, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Madrid, 1989, párrafos 32 y 33.

En relación con el requisito de *efectividad* exigido por la Convención a las acciones o recursos de amparo y sus equivalentes, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha interpretado su idoneidad y naturaleza reparadora, en los siguientes términos:⁶⁴

Según este principio, la existencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica; porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial.

El amparo y el *habeas corpus* han sido catalogados por la Corte Interamericana, como garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos humanos, en toda época y circunstancia, aún en estado de excepción, pues son también inherentes para la preservación del Estado de derecho.⁶⁵ Precisamente estas garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos intangibles, no pueden ser *suspendidas*, a tenor de lo dispuesto por la propia Convención Americana.⁶⁶ La Corte Interamericana ha precisado, que esas garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos humanos no

⁶⁴ Corte IDH, *Opinión consultiva OC-9/87*, sec. 24. Véase Manuel E. Ventura Robles y Daniel Zovatto, *op. cit.*, pp. 458-459.

⁶⁵ Corte IDH, *OC-8/87*. Véase Ventura Manuel E. Robles y Daniel Zovatto, *op.cit.*, párrafos 25 y ss., pp. 459 y ss.

⁶⁶ Artículo 27.2, Convención Americana sobre Derechos Humanos.

se pueden suspender, ya que no es posible impedir su pleno y efectivo ejercicio, ni siquiera en estados de excepción.⁶⁷

Los razonamientos anteriores llevan a la conclusión de que los procedimientos de *habeas corpus* y de amparo son de aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2 y sirven, además, para preservar la legalidad en una sociedad democrática.

Por otra parte, se debe advertir que aquellos ordenamientos constitucionales y legales de los Estados partes que autoricen, explícita o implícitamente, la suspensión de los procedimientos de *habeas corpus* o de amparo en situaciones de emergencia, deben considerarse incompatibles con las obligaciones internacionales que a esos Estados impone la Convención.

En consecuencia, el derecho de amparo consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana, implica como estándar mínimo común para los Estados partes, la existencia real de un recurso judicial breve, sencillo y efectivo en el derecho interno para la protección de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, la ley, y la propia Convención.

Ello plantea dos problemas en relación con concepciones restrictivas del amparo. En primer lugar, relacionado con los sistemas de amparo en países como Chile y Colombia, los cuales no están diseñados constitucionalmente para proteger a todos los derechos constitucionales, sino a determinado grupo de derechos taxativamente enumerados. No existe en el texto de la Convención disposición alguna que permita validar la exclusión de derechos consagrados en la Constitución o la ley. Por otro lado, la denominación de *derechos fundamentales* no se puede entender como un endoso libre a los Estados, para excluir o determinar a su solo arbitrio cuáles derechos pueden ser objeto de protección por vía de amparo, pues tampoco aparece nada en este sentido en el texto de la Convención. Por el contrario, la propia Convención contiene un catálogo mínimo de lo que entiende por derechos fundamentales, y conforme a las normas de la Convención, la misma no puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho

⁶⁷ Corte IDH, OC-8, párrafos 42 y 43, ratificados en la OC-9, párrafos 37 y 38. Véase Manuel E. Ventura Robles y Daniel Zovatto, *op. cit.*

o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo a las leyes de cualquiera de los Estados partes.⁶⁸ No obstante ello, como hemos anotado, ha sido importante la labor judicial de interpretación extensiva e inclusiva de otros derechos constitucionales, que han realizado las Cortes de Apelaciones en Chile y la Corte Constitucional en Colombia.

En segundo lugar, se plantea el problema de los sistemas de amparo que no incluyen en los derechos tutelables a todos los derechos humanos consagrados en la Convención Americana. Recordemos que el mandato del artículo 25 de la Convención incluye en el objeto de protección del amparo, a (todos) los derechos fundamentales reconocidos por la propia Convención. Así mismo, el catálogo de los derechos objeto de protección por el recurso de protección en Chile y la acción de tutela en Colombia, por disposición de sus propias Constituciones, excluye o mejor dicho, no incluye los siguientes derechos humanos fundamentales, consagrados en la Convención Americana:

1. En el caso de Chile: el reconocimiento de la personalidad jurídica; la prohibición de esclavitud y servidumbre; el principio de legalidad penal e irretroactividad; la indemnización por sentencia condenatoria por error judicial; la rectificación y respuesta; la protección a la familia; el nombre; los derechos de los niños; la nacionalidad, y la circulación y residencia.⁶⁹
2. En el caso de Colombia: el principio de legalidad penal e irretroactividad; la indemnización por sentencia condenatoria por error judicial; la rectificación y respuesta; la protección a la familia; el nombre; derechos de los niños; la nacionalidad, y la propiedad.⁷⁰

En esos casos de Chile y Colombia, se podría hablar de una violación por parte de sus respectivas Constituciones a la Convención Americana, y más en concreto, a la obligación internacional contraída por esos Estados, en virtud del derecho a la protección judicial por vías sencillas, rápidas y efectivas, consagrado en el artículo 25 de dicha Convención, para la tutela de todos los derechos fundamentales reconocidos en ella. No obstante, como hemos visto, dicha violación ha

⁶⁸ Artículo 29.b., Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁶⁹ Artículos 3, 6, 9, 10, 14, 17, 18, 19, 20, 22, Constitución de Chile.

⁷⁰ Artículos 9, 10, 14, 17, 18, 19, 20, y 21, Constitución de Colombia.

sido atenuada por los propios Estados partes, a través de sus órganos judiciales, mediante la jurisprudencia expansiva y comprensiva que se ha ido desarrollando en esta materia.

*La inclusión expresa de los derechos humanos
como tutelables a través del amparo*

Además de las diversas técnicas en las cuales se reconocen constitucionalmente los derechos humanos, en el caso de Costa Rica, su Constitución expresamente dispone entre los derechos objeto de protección por el recurso de amparo (además de los derechos constitucionales), a “los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables a la República”. La competencia para decidir estas materias está asignada a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.⁷¹ Dicha Sala en diversos y reiterados casos ha aplicado los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, para resolver los casos de amparo y *habeas corpus*. A título ilustrativo, cabría mencionar el fallo relativo al derecho de nacionalidad de los Guaynías (tribu nómada indígena que vive entre Costa Rica y Panamá), en el cual se aplicó el Convenio núm. 169 de la OIT, y el fallo relativo al derecho del varón a la nacionalidad privilegiada, con referencia directa a la Convención Americana de Derechos Humanos.⁷²

La tutela de los derechos humanos internacionales

En la generalidad de los países latinoamericanos, si bien las Constituciones no incluyen expresamente a los derechos humanos en instrumentos internacionales entre los derechos objeto de tutela por el amparo constitucional, éstos se encuentran comprendidos —como se vio supra— entre las categorías de derechos reconocidos por la Constitución, y por tanto integrantes explícita o implícitamente dentro del plexo de los derechos constitucionales tutelables a través de los mecanismos de amparo.

⁷¹ Artículos 10 y 48, Constitución de Costa Rica, y Ley núm. 7.135 o Ley de la Jurisdicción Constitucional.

⁷² Votos núm. 1786-93 y núm. 3435-92. Véase Rodolfo Piza Escalante, *La justicia constitucional en Costa Rica*, San José, 1995.

Así, en el caso de México, como lo afirma Fix Zamudio, resulta evidente que el juicio de amparo no sólo procede por violaciones de carácter estrictamente constitucional, sino también respecto a la infracción de derechos establecidos en leyes ordinarias, y “cuando la autoridad pública menoscabe por acción u omisión, los propios derechos establecidos en dichos convenios internacionales, que complementan y enriquecen a los otorgados por la Carta Federal”.⁷³

Sin embargo, no suele ser la regla en la práctica de las jurisdicciones latinoamericanas, que los tribunales ejerzan la tutela expresa de los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales. Las razones para ello son de diversa índole, que van desde el mero desconocimiento de los instrumentos internacionales por los distintos operadores judiciales (abogados, fiscales y jueces), hasta la falta de entrenamiento adecuado sobre el uso y manejo de dichos instrumentos y la jurisprudencia internacional.

A pesar de ello, recientemente se ha iniciado una tendencia a la toma de mayor conciencia sobre la importancia de la tutela judicial por los tribunales nacionales, de los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales.

En el caso de Colombia, Francisco Córdoba refiere que entre 435 fallos de tutela revisados que han sido sentenciados por la Corte Constitucional, ocho de ellos se fundamentan o consultan derechos consagrados en la Convención Americana.⁷⁴ Así mismo, la Corte Constitucional colombiana se ha pronunciado en diversas oportunidades sobre el derecho internacional humanitario, con referencia particular a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, lo cual representa la importancia de instrumentos como el *corpus iuris* de los Convenios de Ginebra, que refuerzan la protección de los derechos humanos en situaciones de conflicto armado interno o interestatal.⁷⁵

⁷³ Véase Héctor Fix-Zamudio, *Justicia constitucional, Ombudsmán y derechos humanos*, cit., p. 524.

⁷⁴ Véase Francisco Córdoba, *La carta de derechos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1995, pp. 179-194.

⁷⁵ Véase, entre otras, sentencia C-574/92 del 28-10-92, sentencia C-225/95, sentencia C-225/95 y sentencia C-574/92, en *Gaceta de la Corte Constitucional*, República de Colombia.

En el caso de Venezuela, conforme al texto de la Constitución de 1999, “[l]a enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no se debe entender como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos”,⁷⁶ además,

[l]os tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público;⁷⁷

por lo cual, en materia de amparo constitucional es imperativa la protección judicial de todos los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales, dado el derecho a toda persona “a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”.⁷⁸ Desafortunadamente toda la evolución constitucional lograda en 1999 no sólo ha sido truncada, sino que los retrocesos en la tutela judicial efectiva son aterradores. En efecto, la ausencia de un Poder Judicial integrado por jueces independientes e imparciales y por tanto estando sometidos al poder político dirigido por el Poder Ejecutivo, ocasiona que las violaciones de derechos causadas por el Estado venezolano no tengan posibilidades de una protección judicial de las víctimas. La mayoría de los jueces son provisorios y el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) ha sido secuestrado por el partido de gobierno, secuestrando con ello la Constitución y su protección efectiva. Las sentencias de protección internacional no pueden ser ejecutadas en el derecho interno, toda vez que el mismo TSJ las ha declarado “inejecutables”, y finalmente, en 2012, el Poder Ejecutivo denunció la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁷⁶ Artículo 22, Constitución de Venezuela.

⁷⁷ Artículo 23, Constitución de Venezuela.

⁷⁸ Artículo 27, Constitución de Venezuela.

EL RECHAZO INICIAL AL AMPARO INTERNACIONAL: UNA ASIGNATURA PENDIENTE, LUEGO APROBADA

No fue ni la intención ni el propósito de la delegación mexicana ni aparentemente del resto de las latinoamericanas en la Conferencia Internacional Americana de Bogotá ni en la Asamblea General de París, ir más allá de la consagración internacional del amparo constitucional. De hecho podemos afirmar que el propósito expreso de la delegación mexicana era no plantear e incluso rechazar que la protección internacional de los derechos humanos fuera reconocida.

Esa tarea de lograr la protección internacional de los derechos humanos (lograda en Europa en 1950 con el Convenio de Roma) va a quedar pendiente en el ámbito interamericano y vendrá a hacerse realidad una década más tarde para iniciar su evolución con la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1959) para promover la observancia y la defensa (inicialmente) de los derechos reconocidos en la Declaración Americana (y consolidado una década más tarde en 1969 con la Convención Americana), y en el ámbito mundial, aparte de los mecanismos especiales creados tempranamente por el Ecosoc bajo la Carta de la ONU, la protección internacional de los derechos humanos mediante órganos de tratados va a comenzar casi 18 años más tarde, con la creación del Comité de Derechos Humanos por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el cual es ratificado y adherido por casi todos los Estados de las Américas.

Sobre esa posición de la delegación de México, contraria a la consagración de la protección internacional de los derechos humanos en 1948, existe documentación abundante en su respaldo. Así, por ejemplo, ante la pregunta que le fue formulada por la prensa al entonces canciller Torres Bodet, sobre ¿qué actitud tendrá la delegación mexicana respecto a la protección internacional de los derechos del hombre?, el entonces secretario no dudó en responder que:

Establecer una protección internacional de los derechos del hombre entraña serios inconvenientes, ya que se correría el peligro una organización superestatal con posibilidad de intervenir en los asuntos internos de las naciones.

En cambio, la declaración de esos derechos y el compromiso de protegerlos nacionalmente, sería una garantía compatible con la condición soberana que sustentamos.⁷⁹

Así mismo, en un memorándum elaborado por Pablo Campos Ortiz que resume los puntos más relevantes que se habían generado en las discusiones del “Grupo de Trabajo de los Derechos del Hombre” de la Conferencia de Bogotá, aparece claramente esa posición en el punto c): “[e]s inadmisibile la llamada protección internacional de los derechos humanos, por lo que no puede aceptarse nada que tienda a construir una maquinaria internacional para proteger tales derechos”, y en el punto e): “[d]ebe apoyarse cualquier tendencia en sentido de fortalecer la protección nacional de los derechos humanos, mediante soluciones de derecho interno, tales como la institución mexicana del juicio de amparo”.⁸⁰

En este sentido resulta claro que era además una estrategia de la delegación mexicana, sobre todo en la Conferencia de Bogotá, que ante la negativa hacia la consagración de la protección internacional en la Declaración Americana, era necesario dotar a dicho instrumento de los medios necesarios y adecuados para la protección efectiva de los derechos en el ámbito interno, y para ello, nada mejor que proponer el reconocimiento internacional del derecho de amparo constitucional que ya era común en varios países latinoamericanos.

En todo caso, como se ha visto, el amparo constitucional en latinoamérica y sus equivalentes, está concebido como el mecanismo efectivo para la tutela de los derechos constitucionales —incluidos los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales—. En este sentido, lo natural y lo normal, es que los tribunales nacionales independientes e imparciales, reparen y restablezcan las lesiones o violaciones causadas a los derechos y garantías de la persona humana, a

⁷⁹ Declaraciones ante la prensa mexicana formuladas por el Secretario Torres Bodet el 19 de marzo de 1948 en la Secretaría de Relaciones Exteriores, “México ante la IX Conferencia Internacional Americana”, México, SER, 1948, p. 312, citado por Alberto Abad Suárez Ávila, *op. cit.*, p. 225.

⁸⁰ “México ante la IX Conferencia Internacional Americana”, México, SRE, 1948, p. 137, citado por Alberto Abad Suárez Ávila, *op. cit.*, p. 228.

través de las diversas acciones y recursos, en especial, a través de los tipos de amparo constitucional. En este sentido, el Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos declara que la protección internacional de los derechos humanos de naturaleza convencional es “coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”.

En latinoamérica la regla general es la especialización de las altas jurisdicciones de justicia constitucional en dos materias: el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, y el amparo constitucional (en última o única instancia). Estas altas jurisdicciones están representadas por las cortes supremas de justicia en pleno (en el caso de México, las reformas constitucionales de 1994 y 1996 tienden a fortalecer su especialización, aún no consolidada); las salas constitucionales de las cortes supremas de justicia (El Salvador, Costa Rica, Venezuela y Paraguay), y los tribunales constitucionales (Guatemala, Ecuador, Perú, Colombia, y Bolivia).⁸¹

Sin embargo, es a partir de 1950 en Europa, de 1959 en América, de 1966 en las Naciones Unidas, y de 1981 en África, cuando las violaciones a los derechos humanos que no son reparadas por los mecanismos de derecho interno, como pueden ser en muchos casos los diversos instrumentos de amparo y *habeas corpus* y por ende la jurisdicción nacional debe considerarse agotada, que entonces queda habilitada la protección internacional de los derechos humanos. Se trata en definitiva el instituto del *amparo internacional* para la protección de los derechos humanos que no hayan sido protegidos efectivamente por el amparo constitucional —u otros mecanismos judiciales idóneos—. Este último mecanismo ha sido denominado por Cappelletti, como un *recurso de amparo individual a nivel supranacional* el cual se ejerce con base en un *bill of rights transnacional* ante un organismo también transnacional (la Comisión Europea y la Corte Europea de Derechos Humanos).⁸² Los mecanismos internacionales de protección de derechos humanos son mundiales o regionales. En el primer caso, se

⁸¹ Véase Francisco Fernández Segado y Domingo García Belaunde (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, 1997.

⁸² Véase Mauro Cappelletti, *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, México, Porrúa, 1993, pp. 45 y ss.

trata de los mecanismos convencionales internacionales de las Naciones Unidas, como es el Comité de Derechos Humanos bajo el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Los mecanismos internacionales regionales consolidados son tres: el interamericano, el europeo y el africano.

Gimeno Sendra emplea el término de *amparo internacional*,⁸³ para referirse a las reclamaciones individuales de las personas (víctimas) ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, frente a las lesiones a sus derechos humanos o libertades fundamentales, provenientes de los poderes públicos de los Estados integrados al Consejo de Europa y signatarios del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos. Dicha jurisdicción la ejerce únicamente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo a partir de la entrada en vigencia del Protocolo Adicional núm. 12, la Comisión, al cual pueden acudir directamente las víctimas de violación de sus derechos humanos bajo el Convenio Europeo.

En términos similares al sistema europeo antes de su fusión, en las Américas podemos hablar de un amparo internacional o mejor, de un *amparo interamericano*,⁸⁴ que consiste en el derecho de toda persona humana, víctima de una violación a sus derechos humanos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos o la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, o cualquier otro instrumento internacional sobre la materia, a interponer una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —y subsiguientemente poder acceder a la Corte Interamericana de Derechos Humanos—, cuando dicha violación provenga de cualquiera de los órganos del poder público de un Estado miembro de la OEA.⁸⁵

El amparo interamericano ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, tiene su base en el caso de los Estados miembros de

⁸³ Vicente Gimeno Sendra y José Garberi LL., *Los procesos de amparo (ordinario constitucional e internacional)*, Madrid, 1994, pp. 237 y ss.

⁸⁴ Término que introdujimos en los años noventa del siglo XX en nuestro trabajo: Ayala Corao, Carlos Manuel, *Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*, Caracas/San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Editorial Jurídica Venezolana, 1998.

⁸⁵ Véase *Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 1979, en *en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano*, op. cit.

la OEA que no han ratificado la Convención Americana, en la propia Carta de la Organización y en el Estatuto de la Comisión y su Reglamento.

Ahora bien, en el caso concreto de los Estados latinoamericanos en virtud de haber ratificado la Convención Americana —a excepción de Venezuela que denunció en 2012 dicho instrumento con efectos sólo hacia el futuro—, el derecho de amparo interamericano está consagrado expresamente en dicho instrumento como una acción popular, en los siguientes términos: “Artículo 44. Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte”; para luego de que la Comisión adopte su informe de fondo (si no ha sido reparada la situación y el Estado parte ha aceptado la jurisdicción contenciosa), el caso pueda ser enviado a la Corte Interamericana bajo los requisitos convencionales y reglamentarios.

CONCLUSION

El amparo constitucional originario de México y luego expandido en distintas modalidades a gran parte de los países latinoamericanos durante finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, como un derecho a la protección efectiva de los derechos mediante un recurso judicial sencillo y breve, fue luego reconocido como un derecho humano internacional en 1948, primero, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y luego en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Este reconocimiento se debió a la iniciativa de las delegaciones diplomáticas latinoamericanas y especialmente la mexicana, y por ello es considerado un aporte fundamental en la evolución de los derechos humanos. No obstante, el reconocimiento de la protección internacional de los derechos humanos no va a plantearse en esa primera etapa, sino que va a quedar como una tarea pendiente que va a lograrse dos años más tarde en el ámbito regional europeo, una década más tarde en el ámbito regional interamericano, casi dos déca-

das después en el ámbito de las Naciones Unidas, y más de tres décadas después, en el ámbito regional africano.

En latinoamérica se ha consolidado constitucional e internacionalmente, incluso convencionalmente, el amparo como un estándar mínimo común en materia de protección efectiva de los derechos humanos, a través de la influencia integradora de la Declaración Americana, la Convención Americana y la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano. Ello ha llevado a afirmar la existencia de un núcleo fundamental o esencial de derechos que se impone a los países, constituyendo así una base común, un nuevo *ius commune* para América y concretamente para Latinoamérica. Dicho fenómeno se lleva a cabo, a través de los siguientes institutos:

1. El amparo constitucional, y los mecanismos judiciales equivalentes para la protección de los derechos constitucionales, incluidos los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales.
2. El amparo interamericano o internacional, para la protección de los derechos humanos ante la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y los diversos comités de derechos humanos de la ONU; en caso de que esos derechos no sean reparados o restablecidos efectivamente en un plazo razonable por las jurisdicciones nacionales, o si las propias decisiones de las altas jurisdicciones constitucionales resultan violatorias de dichos derechos.

Resulta en todo caso evidente, que la tutela de los derechos humanos ya no es posible dejarla al arbitrio soberano de los tribunales nacionales, pues la comunidad internacional ha sido reconocida en su legítimo rol de complementariedad. De allí que por encima de las jurisdicciones constitucionales nacionales, se esté configurando una *jurisdicción constitucional internacional* para la protección de los derechos humanos, a través de los mecanismos de amparo internacional. En el ámbito americano y particularmente latinoamericano, la protección de los derechos humanos a través del mecanismo que hemos denominado el *amparo interamericano*, está permitiendo la configuración de una *jurisdicción constitucional interamericana* de los derechos humanos,

que está en vías de consolidarse con el reconocimiento expreso de su jurisprudencia por las jurisdicciones constitucionales nacionales.⁸⁶

De allí la importancia de armonizar las jurisdicciones constitucionales (particularmente de amparo), con las jurisdicciones internacionales, a fin de lograr la protección efectiva de los derechos humanos, atendiendo siempre a su progresividad. Ello está permitiendo la confluencia del derecho internacional de los derechos humanos con el derecho constitucional de los derechos humanos, para la consolidación de una nueva rama: el derecho de los derechos humanos. Este derecho es en definitiva el nuevo derecho global, es decir, un derecho de gentes, internacional y universal, que descansa sobre los valores del derecho natural, como ley suprema de la humanidad que emana de la dignidad de la persona humana.⁸⁷



⁸⁶ En relación al equivalente europeo, véase Mauro Cappelletti, *op. cit.*, p. 65.

⁸⁷ Véase Carlos Manuel Ayala Corao, *Del diálogo jurisprudencial al control de la convencionalidad*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Arte y Editorial Jurídica Venezolana, 2012. La jurisprudencia de los órganos europeos y americanos se ha referido a vastas materias sobre derechos humanos, que han incluido entre otras las relativas al derecho a la vida; prisiones preventivas; derechos políticos; prohibición de torturas, tratos degradantes e inhumanos; libertad de expresión; garantías judiciales y debido proceso; tutela judicial efectiva, límites a los estados de excepción y a la suspensión de garantías; derechos de los niños; derechos de los pueblos indígenas; derechos de la mujer, y otros. Véase, entre otros, Eduardo García de Enterría, *op. cit.*; Manuel Ventura y Daniel Zovatto, *op. cit.*, y los informes anuales presentados por la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana, ante la Asamblea Anual de la Organización de Estados Americanos.

O PIONEIRISMO DA CONSTITUIÇÃO DO MÉXICO DE 1917*

Paulo Bonavides**

O CONSTITUCIONALISMO SOCIAL: DA DOUTRINA AO DIREITO

O constitucionalismo social tem uma trajetória que vai da doutrina ao texto legislativo, da idéia ao fato, da utopia à realidade, do abstrato ao concreto. De modo habitual, ele se acha impregnado de valores ou princípios que lhe fazem historicamente a legitimidade.

Em verdade, a esfera teórica em que se desenvolveu a base de tal constitucionalismo é aquela onde prepondera o pensamento de igualdade vinculado a uma noção de justiça. Nessa base se combinam elementos doutrinários, ideológicos e utópicos cujas raízes ou nascentes remontam a pensadores da estatura de Platão e Rousseau, de Aristóteles e Althusius, de Tomás Morus e Saint-Simon, de Santo Tomás de Aquino e Proudhon, de Carlos Marx e Haroldo Laski.

Já a esfera pragmática, por sua vez, começa a desenhar-se na modernidade com a Constituição francesa de 1793 que, em certa maneira, radicalizou a Revolução pelo tenaz empenho de seus constituintes em fazer a igualdade subir a escada das instituições até alcançar degrau tão alto quanto o da liberdade.

* Na ocasião em que se celebra o centenário da Constituição do México de 1917, pioneira do constitucionalismo social no mundo, dedicamos este artigo *in memoriam* a Jorge Carpizo, autor de uma obra clássica sobre a matéria.

** Professor Emérito da Universidade Federal do Ceará, Doutor *honoris causa* das Universidades de Lisboa, Buenos Aires, Federal do Rio de Janeiro e Inca Garcilaso de la Vega (Lima, Peru), Professor Distinguido da Universidade de San Marcos (Lima, Peru) e Membro do Comitê de Iniciativa que fundou a Associação Internacional de Direito Constitucional (Belgrado).

Mas o constitucionalismo social, subjacente àquele estatuto revolucionário, e que tem ali a certidão de sua estréia no campo da positividade, só toma em verdade compleição definida e concreta, vazada no espírito, na consciência e na vocação da contemporaneidade, a partir da promulgação da Carta Política do México, de 1917.

Com efeito, o tratamento normativo da matéria social fulge precursoramente no texto mexicano, a saber, em seus artigos 3, 4, 5, 25 a 28 e 123, os quais, a nosso ver, têm um teor qualitativo e quantitativo cujo alcance sobre-excede o da Constituição de Weimar promulgada em 1919, dois anos depois.

QUERÉTARO E NÃO WEIMAR!

O constitucionalismo social portanto se implanta no México dois anos antes de vingar na Europa com a célebre Constituição de Weimar, que irradiou da Alemanha largo e imediato influxo sobre as Constituições promulgadas entre as duas grandes Guerras Mundiais de 1914 e 1939.

Mas foi o México – esta é a grande verdade histórica – o berço desse constitucionalismo social, cujo primeiro momento de institucionalização em termos formais ocorreu com a Carta de 1917.¹

¹ A inovação revolucionária e a relevância histórica dos constituintes de Querétaro foram sintetizadas por Hector Fix-Zamudio e Salvador Valencia Carmona nos termos subsequentes:

“Concluyó el periodo único de sesiones el 21 de enero de 1917 y se promulgó la Constitución el 5 de febrero del mismo año, fecha en que se entregó a los mexicanos la primera carta social cuyo contenido revolucionó también el derecho constitucional de la época, en cuando dejó de ser un documento meramente político, para transformarse también en uno de carácter eminentemente social (Hector Fix-Zamudio/ Salvador Valencia Carmona, Derecho Constitucional Mexicano y Comparado, Cuarta Edición, Editorial Porrúa/ UNAM, México, 2005, págs. 93/94).

De igual importância as conclusões irrefutáveis de Jorge Carpizo acerca do contributo mexicano ao advento do constitucionalismo social em sua concretização normativa:

“La fuente de nuestra actual Carta Magna es el movimiento social mexicano del siglo XX, donde las armas victoriosas impusieron un nuevo sistema de vida de acuerdo con la dignidad del hombre. Y de este movimiento social brotó nuestra Norma Fundamental, primera constitución que al epíteto de política agregó el de social, y se proyectó a la humanidad. El águila del Anáhuac extendió sus alas y su sombra cubrió cinco continentes”.

Demais disso, esse movimento social não foi obra de improvisação. Diz Carpizo:

“Se ha dicho, y con razón, que en nuestra historia hay un hilo conductor. El pensamiento

social mexicano no se improvisó en la segunda década de este siglo; fue el resultado de un pensamiento cronológicamente viejo, pero nuevo y vivo en la realización”

Em suma, remata o insigne constitucionalista sobre a presença primordial do México na abertura da era social nas Constituições:

“La Constitución Mexicana de 1917 es el fruto del primer movimiento social que vio el mundo en el siglo XX.

Las necesidades y aspiraciones de los mexicanos estaban detenidas por la barrera de la reglamentación jurídica. El movimiento rompió con el pasado y llevó al pueblo a darse una constitución que estuviera de acuerdo con su manera de ser, vivir y pensar” (Jorge Carpizo, “La Constitución Mexicana de 1917”, Edición conmemorativa de la Constitución de 1917, UNAM, Coordinación de Humanidades, págs. 15, 13).

Gamas Torruco, jurista mexicano, também se refere à primazia de seu país relativa ao constitucionalismo social:

“En México brotó la primera revolución social del siglo XX que culminó en la expedición de la Constitución de 1917. En ella aparecen, por la primera vez, en los textos constitucionales, principios de nacionalismo económico, defensa de los recursos naturales, definición del papel intervencionista del Estado y estableciendo derechos en beneficio de los grupos sociales menos favorecidos, obreros y campesinos, así como principios básicos de protección social.” (José Gamas Torruco, Derecho Constitucional Mexicano, UNAM, Editorial Porrúa, México, 2001, pág. 72).

Por derradeiro, dois eminentes constitucionalistas brasileiros, Afonso Arinos de Melo Franco e Fábio Comparato, também se manifestaram sobre a anterioridade mexicana na formulação normativa do constitucionalismo social.

Escreveu Afonso Arinos:

“Não tendo sido aplicadas as disposições avançadas da Constituição de 1857, e permanecendo no México a exploração da massa camponesa pela oligarquia dos proprietários, iniciou-se em 1910, o grande ciclo revolucionário, que terminou com a promulgação da Constituição de 1917, que é no capítulo da ordem social, verdadeiramente pioneira.

Além da disposição vigorosa da Declaração de Direitos, referente aos direitos sociais, a Constituição mexicana de 1º março de 1917, data simbólica, inseriu pela primeira vez um título (sexto) dedicado exclusivamente ao trabalho e à previdência social. É importante consignar que essa Constituição é anterior à vitória da revolução socialista na Rússia e, também, ao Tratado de Versalhes, que introduziu o famoso capítulo sobre os direitos sociais e criou a Organização Internacional do Trabalho.

A partir da Constituição do México e da Segunda Guerra Mundial, difundiu-se pelas Constituições escritas a inclusão de dispositivos que reconheçam os direitos sociais como integrantes dos direitos individuais”. (Afonso Arinos de Melo Franco, “Direito Constitucional, Teoria da Constituição, as Constituições do Brasil”, Forense, Rio de Janeiro, 1976, pág. 48).

Fábio Comparato assim se expressou:

“A Carta Política mexicana de 1917 foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos (art. 5º e 123). A importância dessa precedente histórico deve ser salientada, pois na Europa a consciência de que os direitos humanos têm também uma dimensão social só veio a se afirmar após a Grande Guerra de 1914-1918, que encerrou de fato o “longo século XIX”; e nos Estados Unidos, a extensão dos direitos humanos

Título esse de universal reconhecimento que se lhe deve; uma primazia em que Hugo Preuss, o pai da Constituição de Weimar, não pode tomar o lugar dos constituintes de Querétaro.

Nem aos alemães nem aos soviéticos da antiga URSS coube, portanto, dar esse primeiro passo, deveras significativo, tão injustamente deslembado.

Talvez em virtude da repercussão privilegiada que cedo alcançou em toda a Europa a Carta que fez a Alemanha dar a reviravolta política da queda da monarquia e a seguir instaurar sua primeira república.

Na pesquisa que fizemos de autores alemães, notadamente aqueles que se ocuparam da Constituição de Weimar e do seu fracasso republicano, democrático e federativo, não se nos deparou nenhuma menção da precedência mexicana pertinente ao constitucionalismo social.

A grosseira omissão oculta assim um fato histórico, de dimensão tamanha que urge reavivar na memória contemporânea porque é sobremodo honroso para a história constitucional do México.

Com efeito, os clássicos do constitucionalismo do século passado que nos foi possível consultar – e foram tantos! – quer os da república de Weimar, quer os da república de Bonn, deploravelmente caíram no erro crasso de omitir a anterioridade mexicana tocante à introdução do constitucionalismo social nas Leis Fundamentais.

Afigura-se-nos tão grave omissão uma ofensa à história, à justiça, à verdade; ofensa perpetrada também na Europa por constitucionalistas de renome.

O erro deplorável de aludir à primogenitura alemã ainda persistia, em 1979, expressa por Bleckmann sessenta e dois anos depois de promulgada a Carta dos constituintes de Querétaro!

Leia-se abaixo o texto desse jurista:

A Constituição de Weimar trouxe ao mesmo tempo uma novidade que deveria, por consequência, ter forte influência no mundo, a saber, a das novas ideias sociais estampadas na Constituição, a qual *pela primeira vez* recepciona-

ao campo socioeconômico ainda é largamente contestada. A Constituição de Weimar, em 1919, trilhou a mesma via da Carta mexicana (...). (Fábio Comparato, “A formação histórica dos Direitos Humanos”, 3ª Edição, Saraiva, São Paulo, 2003, pág. 184)

nava os princípios da ordem econômica, da vida social e dos direitos sociais fundamentais.²

Em seguida, enumera Bleckmann artigos pertinentes à suposta ação constituinte antecipadora promovida pela assembleia de Weimar.

Contudo, o artigo de Wilhem Mürkens no “Jahrbuch” de Koellreutter e Triepel, como veremos a seguir, é, em si mesmo, a refutação tácita cabal do lapso de Bleckmann.

A CONTRIBUIÇÃO ALEMÃ À HISTÓRIA CONSTITUCIONAL DO MÉXICO

A Alemanha não foi de todo indiferente e silenciosa em relação ao constitucionalismo mexicano.

Com efeito, houve um constitucionalista da República de Weimar, Wilhelm Mürkens, “Gerichtsreferendar” em Colônia, que escreveu um longo e denso ensaio sobre a Constituição mexicana de 1917, intitulado “Direito Constitucional dos Estados Unidos do México” (“Das Verfassungsrecht der Vereinigten Staaten von Mexico”).

Apareceu o artigo em 1929 no volume 17 do “Anuário do Direito Público da Atualidade” (“Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart”), publicação editada por Otto Koellreutter com a cooperação do célebre internacionalista Heinrich Triepel, sendo sem dúvida uma das mais úteis fontes de consulta e estudo do direito público na Alemanha da segunda década do século XX.

O conteúdo do trabalho compreende duas partes distintas.

A primeira parte se intitula “Panorama da história do direito constitucional mexicano” (“Überblick der Geschichte des mexikanischen Verfassungsrecht”) e a segunda “O direito constitucional vigente nos Estados Unidos do México” (“Das geltende Verfassungsrecht der Vereinigten Staaten von Mexiko”).

² “Die Weimarer Reichsverfassung brachte aber gleichzeitig eine Neuerung, welche die weitere Entwicklung in der Welt stark beeinflussen sollte: Aufgrund der neuen sozialen Ideen würden nämlich in diese Verfassung zum erstenmal Grundsätze für die Gestaltung des Wirtschafts – und Soziallebens, soziale Grundrechte, aufgenommen” (Albert Bleckmann, *Allgemeine Grundrechtslehre*, Carl Heymanns Verlag Köln-Berlin, págs. 3/4).

Na primeira o Autor apresenta uma visão panorâmica da história do direito constitucional mexicano, constante de cinco capítulos.

O primeiro capítulo versa a origem do Estado mexicano no período da Regência (“Regentschaft”) e do Império (“Kaiserreich”).

O segundo relata a fundação da República Federativa do México pela Constituição de 4 de outubro de 1824.

O terceiro trata da história constitucional mexicana de 1824 até 1857.

O quarto se ocupa do México sob a Constituição vigente.

Em anexo Wilhelm Mürkens insere na íntegra o texto da Constituição mexicana de 1917.

Foi essa a única análise pormenorizada que se nos deparou de publicistas alemães da república de Weimar acerca do constitucionalismo mexicano desde as suas bases e origens mais remotas até ao pioneirismo de 1917.

A exposição histórica e jurídica de Mürkens representa, por conseguinte, uma exceção à ausência alemã corroborada já por ele mesmo em sua bibliografia, da qual constam unicamente dois estudos em idioma alemão, os quais, todavia, não se vinculam diretamente ao constitucionalismo mexicano: um de Gunther, denominado “Manual do México” (Handbuch von Mexico, Leipzig, 1912) e outro de Garcia Calderon, sob o título “As Democracias Latinas da América” (Die lateinischen Demokratien Americas, Leipzig, 1913), ambas, como se vê, anteriores à promulgação da Carta Magna de 1917.

O quadro traçado por Mürkens parece-nos correto e poderia servir, se houvesse aqui espaço para tanto, a uma reflexão complementar comparativa das similitudes e vicissitudes por que o México de Querétaro e a Alemanha de Weimar passaram, debaixo da tormenta revolucionária e ideológica que gerou o constitucionalismo social. Esse constitucionalismo alcança, de último, no século XXI sua melhor fase de universalidade, concretização e normatividade tocante à competência dos poderes e à consagração efetiva dos direitos fundamentais, sob o pálio da democracia, da justiça e da liberdade.

A REVOLUÇÃO MEXICANA VISTA POR UM CONSTITUCIONALISTA DA REPÚBLICA DE WEIMAR

Em seu comentário à Constituição de 1917 ressalta Mürkens que ela preencheu as postulações liberais e sociais da Revolução deflagrada em 1910.

Observa que as exigências revolucionárias foram pronta e completamente atendidas (“Die revolutionären Forderungen wurden voll und ganz erfüllt”)³.

Demais disso, referindo-se ao art. 27 da Constituição, disse que o superpoder do capital estrangeiro foi na essência removido, a reeleição presidencial vedada, a desapropriação e a distribuição da terra permitida em larga escala.

Criou-se, segundo ele, um direito do trabalho impregnado do espírito social, ou seja, “ein von sozialen Geiste getragenes Arbeitsrecht wurde geschaffen”⁴.

Reconhecia-se assim por via tácita naquele artigo 27 a prevalência histórica do México sobre a Alemanha, com respeito à introdução, pela vez primeira, da norma social nas Constituições inaugurando os direitos de segunda geração, como são conhecidos os direitos sociais na linguagem jurídica de nosso tempo.

Alude, em seguida, Mürkens ao ensaio de Bransh estampado nos Anais da Academia Americana de Ciência Política e Social (Volume LXXI, suplemento), em que ele compara as duas constituições mexicanas mais importantes para o tema aqui versado; a de 1857 e a de 1917.

A esta altura levanta o constitucionalista de Weimar uma indagação problemática de crítica constitucional: a de saber a profundidade e latitude da Revolução Mexicana; se ela deu continuidade à ordem jurídica estabelecida em 1857 ou gerou uma nova ordem estatal.

Em outras palavras, como literalmente o autor pôs a questão: se o Estado do México, debaixo da Constituição de 1917 era, do ângulo

³ Wilhelm Mürkens, “Das Verfassungsrecht der Vereinigten Staaten Von Mexiko” in “Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart,” Band 17/1929, in Verbindung mit Viktor Bruns und Heinrich Triepel, Herausgegeben Von Otto Koellreuter, 1929, Tübingen, pág. 330.

⁴ Wilhelm Mürkens, “Jahrbuch”, ob. cit. pág. 330.

jurídico o mesmo da Constituição de 1857 (“Die Frage, ob der Staat Mexiko unter der Verfassung von 1917 rechtlich derselbe ist wie der unter der Verfassung von 1857”)⁵.

A resposta de Mürkens veio porém categórica e negativa.

Disse que o velho Estado, aniquilado pela força fora substituído por outro, e, taxativo, assinalou também: “a Constituição de 1917 é filha da Revolução” (“Der alt Staat wurde mit Gewalt vernichtet und ein neuer an seine Stelle gesetzt, der seine Existenz der reinen nackten Tatsächlichkeit verdankte. Die Verfassung von 1917 ist das Kind der Revolution”)⁶.

Admitiu, enfim, concluindo a primeira parte de sua densa monografia sobre os eventos políticos e constitucionais da nação mexicana que houve uma ruptura ou cesura entre o velho e o novo império.

Aliás, uma das causas do fracasso da república de Weimar tem sido atribuída à forma como decorreu o processo revolucionário na Alemanha de Hugo Preuss e sua Constituição.

Não pôde ele criar a nova era constitucional desatando os laços com a classe em que imperava ainda um elo de consciência, de alma e memória com as instituições do passado imperial.

Essa classe, posto que colaborasse como colaborou para executar um projeto de renovação do regime sob a inspiração republicana e democrática, nunca recuou, senão temporariamente, por efeito imediato do abalo e do desastre da Primeira Grande Guerra Mundial, sem perder, porém, as esperanças de restaurar a hegemonia política da era bismarckiana.

A república de Weimar, em crise e convulsão, se transformou num campo de batalha política, econômica e social, onde o preconceito, o ressentimento e as incertezas do conflito ideológico faziam de todo instável o sistema e as instituições.

Em suma, os direitos sociais programados, que em Weimar reconciliavam constitucionalmente o trabalho e o capital, acabaram por malograr. E o desfecho daquela socialdemocracia se consumou em 1933 com a ditadura do nacional-socialismo.

⁵ Wilhelm Mürkens, “Jahrbuch”, ob. cit. pág. 330.

⁶ Wilhelm Mürkens, “Jahrbuch”, ob. cit. pág. 330.

OS PRÓDROMOS REVOLUCIONÁRIOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1917

O constitucionalista alemão descreveu, e comentou também, numa admirável síntese, o que aconteceu no México de 1910 a 1917, a saber, durante o período compreendido entre o início da ação revolucionária que pôs abaixo a ditadura de Díaz e a promulgação em 1º de maio de 1917 da Constituição dos Estados Unidos do México, obra dos constituintes de Querétaro.

Assinala ele que em fins de 1910 o ditador já aos 82 anos de idade candidata-se pela sétima vez à presidência da república e algo nunca visto nos últimos 25 anos da história mexicana ocorre: um candidato de oposição se apresenta na pessoa de Francisco Madero (“Als sich hierbei Díaz, bereits 82 Jahre alt, zum siebten Male zur Wahl stellte, ereignete sich ein in den letzten 25 Jahren in Mexiko unmöglich gewordenes Schauspiel, man präsentierte einen Gegenkandidaten in der Person von Francisco Madero”)⁷.

Mas Díaz manda prendê-lo para levar a efeito sua reeleição pelo método habitual, sem alternância de poder, palmilhando assim o caminho que conduziu à Revolução da qual resultou sua queda.

Citando James-Martin, autor da obra “The Republics of Latin-América” (pág. 344), o publicista weimariano refere que Madero lança o Programa da Revolução, consubstanciado em três pontos: “sufrágio autêntico, não-reeleição e redistribuição da terra” (“Effectual suffrage, no-reelection, redistribution of land”)⁸.

Em seguida, ainda sobre a queda de Díaz e o papel de Madero no movimento revolucionário, Wilhelm Mürkens estampa, doutro publicista americano, esta sentença conclusiva e sumária:

“Díaz não foi derrubado por Madero, mas por um sentimento público universal, que ele não criou nem representou” (“Díaz was not overthrown by Madero, but by a universal public sentiment, which Madero neither created nor represented”)⁹.

⁷ Wilhelm Mürkens, “Jahrbuch”, ob. cit. pág. 329.

⁸ James-Martin, *apud* Mürkens, “Jahrbuch”, ob. cit. pág. 329.

⁹ Wilson, *apud* Mürkens, “Jahrbuch”, ob. cit. pág. 329.

Com efeito, a Revolução Mexicana leva Madero a uma presidência efêmera, em 6 de novembro de 1911. Houve então um período de instabilidade na sucessão presidencial da república, gerando uma crise que vai da posse de Victoriano Huerta em fevereiro de 1913 até ao advento do governo de Venustiano Carranza, que começou em outubro de 1915 e terminou em maio de 1920.

O jurista de Colônia e historiador constitucional do México prossegue em sua apresentação de fatos que antecederam o restabelecimento da normalidade republicana e constitucional no país, fazendo menção da agressiva intervenção dos Estados Unidos em 1914, sob o pretexto de proteger capitais investidos no “México revolucionário” (“Im Jahre 1914 geriet das revolutionäre Mexiko in krieglerische Verwicklungen mit der nordamerikanischen Union. Die der Revolution zugrunde liegende Tendenz der möglich Bereinigung des Landes vom ausländischen Kapital (...) zwang die Vereinigten Staaten von Northamerika zu einer aggressiven Intervention zum Schutz ihren gewaltigen in Mexiko investierten Kapitalien”)¹⁰.

Em razão disso, somente em 16 de outubro de 1915 os Estados Unidos reconheceram o governo de Carranza, mas tão somente como chefe de um governo de fato, isto é, “as head of the facto government” (“Unter dem 19.Okt.1915 wurde Carranza durch die Vereinigten Staaten ausdrücklich nur anerkannt, ‘as head of the facto government’”)¹¹.

MÜRKENS NÃO COMPAROU AS DUAS CONSTITUIÇÕES

Mürkens escreveu o sobredito comentário no “Jahrbuch” de Koellreutter e Triepel em 1929 no auge portanto da efervescência ideológica que atravessou a República de Weimar desde as suas nascentes, após a catástrofe da Primeira Grande Guerra Mundial e as estipulações do Tratado de Versalhes, altamente lesivas ao soerguimento da Alemanha.

¹⁰ Wilhelm Mürkens, “Jahrbuch”, ob. cit. pág. 329.

¹¹ James-Martin, The Republics of Latin-America, pág. 345 *apud* Wilhelm Mürkens, “Jahrbuch”, ob. cit. pág. 330.

O país, de economia arruinada e dilacerada por problemas da política interna e externa, vivia portanto um quadro de instabilidade de tamanhas proporções cujo epílogo se deu com a queda da república constitucional de Hugo Preuss e o terremoto institucional, por vias aparentemente legais, provocado pela ascensão de Adolfo Hitler ao poder.

A partir daí, com a ditadura nacional-socialista o mundo foi conflagrado e ensanguentado pela segunda vez no século XX.

É de assinalar portanto que em nossa leitura dos comentários e das análises constitucionais da história mexicana, da sua formação e evolução, não se nos deparou nenhuma observação comparativa do que aconteceu no México e na Alemanha, ambas açoitadas das turbulências de substrato político, ideológico e econômico dum processo revolucionário, gerador de sacrifício e sofrimentos.

Na Alemanha prostrada, a crise do constitucionalismo social só veio a termo com a Lei Fundamental de Bonn, gerada por influxo democrático após o colapso do nacional-socialismo, precedido este da dissolução da república de Weimar.

No México, o mesmo constitucionalismo social passou também por vicissitudes revolucionárias de um lento processo, que começa nas lutas políticas mais relevantes inauguradas desde o fim da era ditatorial de Porfírio Díaz, das quais temos aquele relato abreviado mas, a nosso ver, razoavelmente aceitável e elucidativo, dos acontecimentos mais importantes, de transformação política e ação revolucionária, que antecederam a estabilidade duma Constituição, a qual, para admiração do mundo, é agora celebrada e festejada nos cem anos de sua promulgação.

As analogias constantes das omissões de Mürkens poderão, contudo, ser inferidas facilmente do traslado que levamos a efeito do lugar de seu texto onde consta a síntese descritiva do que aconteceu no México revolucionário de 1910, a saber, o ocaso da velha ordem com a deposição de Díaz e a sequência de acontecimentos do presidencialismo mexicano que redundaram na Constituinte de Querétaro e na Constituição de 1917.



NOTAS SOBRE LOS DERECHOS SOCIALES EN LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA REFORZADOS A PARTIR DE 1947, Y SU PROBABLE INSPIRACIÓN EN LOS PRINCIPIOS DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917

Allan R. Brewer-Carías*

Entre los grandes aportes al constitucionalismo contemporáneo que se materializaron con la sanción de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el 5 de febrero de 1917, mediante la cual se reformó la Constitución del 5 de febrero de 1857, fue el del inicio de la constitucionalización de los derechos sociales, y en particular, de los previstos en los artículos 3o., 27 y 123 de la misma, en los cuales se reguló el derecho a educar; el derecho al trabajo y la previsión social, y el régimen de la propiedad de la tierra y del subsuelo.

La Constitución de 1917, además, reguló definitivamente la acción de amparo, de origen mexicano, como garantía de protección de las garantías constitucionales, la cual por tanto no era aplicable a los derechos sociales.

Ese conjunto de previsiones constitucionales, sin duda, marcaron un hito en la evolución del constitucionalismo contemporáneo, habiendo en una u otra forma influido, sobre todo a nivel de principios, en las Constituciones posteriores, en particular, las de América Latina.

* Profesor emérito de la Universidad Central de Venezuela.

En el caso de Venezuela, algunas de dichas previsiones se reflejaron en el texto de las Constituciones, particularmente a partir de la reforma constitucional introducida por la Asamblea Nacional Constituyente de 1946-1947, cuando puede decirse que se inició el constitucionalismo social en el país.

SOBRE LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA, EL DEBER DE EDUCARSE Y EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

*El principio en la Constitución mexicana de 1917:
el derecho de educar y la obligación de educar*

En materia de educación, la Constitución mexicana de 1917 reguló en su artículo 3o., específicamente, el régimen del derecho a educar, consagrando la libertad de enseñanza, pero sometida a los siguientes principios:

- Primero, el principio de que “la enseñanza es libre” previéndose que la misma podía impartirse en establecimientos públicos o privados.
- Segundo, el carácter laico de la enseñanza que se impartiera en los establecimientos oficiales de educación, al igual que la enseñanza primaria, elemental y superior que se impartiera en los establecimientos particulares.
- Tercero, la prohibición a las corporaciones religiosas, y a los ministros de algún culto, de establecer o dirigir escuelas de instrucción primaria.
- Cuarto, la necesaria vigilancia oficial en relación con las escuelas primarias particulares.
- Quinto, el carácter gratuito de la enseñanza primaria que se impartiera en los establecimientos oficiales.

La Constitución de 1917 no consagró expresamente el derecho de toda persona a la educación, pero sí reguló el deber de los mexicanos de educarse, al prever en su artículo 31.1 como deber de ellos el de “hacer que sus hijos o pupilos, menores de quince años, concurran a las escuelas públicas o privadas, para obtener la educación primaria

elemental y militar, durante el tiempo que marque la ley de instrucción pública en cada estado”.

Los principios en las Constituciones venezolanas

El origen de las regulaciones constitucionales vinculadas a la educación en Venezuela, se puede situar en la Declaración de los Derechos del Pueblo que sancionó el Congreso General de las provincias Unidas de Venezuela el 1o. de julio de 1811, a disponer en el artículo 4o. el principio entre los “deberes del cuerpo social” de que “La instrucción es necesaria a todos. La sociedad debe favorecer con todo su poder los progresos de la razón pública y poner la instrucción al alcance de todos”. Esta declaración se completó en la Constitución Federal de las provincias Unidas de Venezuela, del 21 de diciembre de 1811, que constituyó el Estado de Venezuela, sancionada por el mismo Congreso General de las Provincias, luego que la declaración de independencia de España fue aprobada el 5 de julio de 1811, disponiendo en su artículo 198 el mismo principio general, así: “Art. 198. Siendo instituidos los gobiernos para el bien y felicidad común de los hombres, la sociedad debe proporcionar auxilio a los indigentes y desgraciados y la instrucción a todos los ciudadanos”.

Posteriormente, en cuanto al principio de la libertad de enseñanza, el mismo se estableció desde la sanción de la Constitución de 1863, en la cual se garantizó a los venezolanos la “libertad de instrucción” (artículo 1.6), formulándose a tal garantía constitucional a partir de la Constitución de 1864, en relación con “la libertad de enseñanza, que será protegida en toda su extensión” (artículo 14.12).

Esa fórmula se conservó hasta 1947, cuando en la Constitución de ese año la regulación se amplió, no sólo para regular la libertad de enseñanza, sino el derecho de todos a la educación, y las obligaciones que se asignaron al Estado para garantizarlo.

A tal efecto, los artículos 55 a 57 de la Constitución dispusieron los siguientes principios:

- Primero, la garantía de la libertad de enseñanza.
- Segundo, el derecho de toda persona de dedicarse libremente a las ciencias o a las artes.

- Tercero, el derecho de toda persona a fundar cátedras y establecimientos para la enseñanza de las ciencias o de las artes, bajo la inspección y vigilancia del Estado, con las limitaciones y dentro de las tradiciones de orientación y organización que fije la ley.
- Cuarto, el estímulo por parte del Estado de la iniciativa privada en materia educacional, siempre que se acuerde con los principios contenidos en la Constitución y las leyes.
- Quinto, el principio de que la educación debe estar a cargo de personas de idoneidad docente, comprobada de acuerdo con la ley.
- Sexto, el principio de que el Estado podía establecer como función exclusivamente suya la de formar el profesorado del magisterio nacional.
- Séptimo, la garantía por parte de Estado a los profesionales de la enseñanza de un régimen de trabajo y un nivel de vida acordes con su elevada misión.

La Constitución venezolana de 1947, además de establecer el derecho a enseñar o la libertad de enseñanza, declaró formalmente el “derecho a la educación” el cual “se garantiza a todos los habitantes de la República” (artículo 53). Además, se recogió el principio de que la educación, además de un derecho, es igualmente un deber, para lo cual la Constitución dispuso en su artículo 58, los siguientes principios:

- Primero, la educación primaria es obligatoria.
- Segundo, la gratuidad de la educación impartida en establecimientos oficiales en todos los ciclos.
- Tercero, el principio de que de acuerdo con la ley, el Estado debe facilitar a los individuos que carezcan de recursos los medios necesarios para que puedan cumplir la obligación escolar y proseguir estudios sin más limitaciones que las derivadas de su vocación y de su aptitud.

Para la materialización de todos estos principios, la Constitución estableció además, que “la educación es función esencial del Estado” (artículo 53), a cuyo efecto establecieron las siguientes dos obligaciones del mismo:

- Primero, que está “en la obligación de crear y sostener instituciones y servicios suficientes para atender las necesidades educacionales del país y proporcionar al pueblo venezolano los medios indispensables para la superación de su nivel cultural” (artículo 53), y
- Segundo, que deberá organizar la educación nacional “como un proceso integral, correlacionado en sus diversos ciclos,” que “estará orientada a lograr el desarrollo armonioso de la personalidad humana, a formar ciudadanos aptos para la vida y para el ejercicio de la democracia, a fomentar la cultura de la Nación y a desarrollar el espíritu de solidaridad humana” (artículo 54).

EL DERECHO AL TRABAJO

El principio en la Constitución mexicana de 1917: el marco general del régimen laboral

Entre las grandes innovaciones de la Constitución de México de 1917, sin duda, estuvo la de constitucionalizar el régimen del trabajo, como ninguna otra Constitución lo había hecho hasta entonces.

A tal efecto, el artículo 123 estableció los principios que debían guiar la expedición de leyes por el Congreso de la Unión y las legislaturas de los estados “sobre el trabajo, fundadas en las necesidades de cada región”, que debían regir “el trabajo de los obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, y de una manera general todo contrato de trabajo”, que se refirieron, con singular detalle, a la duración máxima de la jornada de trabajo; a la protección de los niños, jóvenes y mujeres en el trabajo; al descanso en el trabajo; al salario mínimo, su régimen, fijación, pago; a otros beneficios para los trabajadores relativos a vivienda, educación, servicios comunitarios; responsabilidad de empleadores por accidentes de trabajo; higiene y salubridad en el trabajo; derecho a la sindicalización; derecho de huelga; principios de conciliación y arbitraje para solución de conflictos laborales; despidos por causas injustificadas; créditos y deudas laborales; servicios de colocación; contratos de trabajo y estipulaciones nulas; patrimonio familiar; cajas de seguros populares y sociedades cooperativas.

El régimen laboral en la Constitución venezolana de 1947

Estas importantes regulaciones constitucionales mexicanas, sin duda influyeron en la inclusión de disposiciones laborales en la Constitución venezolana de 1947, en la cual se declaró que “el trabajo es un derecho” (artículo 61) en sustitución de la previsión tradicional que desde la Constitución de 1925 se había establecido sobre “libertad de trabajo e industria”(artículo 32.8), y que antes, desde la Constitución de 1811 se había previsto en el sentido de que “ningún género de trabajo, de cultura, de industria o de comercio serán prohibidos a los ciudadanos, excepto aquellos que ahora forman la subsistencia del Estado que después oportunamente se liberrarán cuando el Congreso lo juzgue útil y conveniente a la causa pública”(artículo 137).

La Constitución venezolana de 1947, además, previó en materia de régimen laboral, las siguientes disposiciones, siguiendo la orientación reguladora y descriptiva de la Constitución de México de 1917:

- Primero, que “el trabajo es un deber y un derecho” y que “todo individuo debe contribuir al progreso de la sociedad mediante el trabajo” (artículo 61).
- Segundo, que “el Estado procurará que toda persona apta pueda obtener los medios de subsistencia por el trabajo e impedirá que por causa de éste se establezcan condiciones que en alguna forma menoscaben la dignidad o la libertad de las personas” (artículo 61).
- Tercero, que “el Estado garantiza la protección integral del niño,” y “en consecuencia, se establecerán, entre otras, las condiciones necesarias... Para impedir la explotación de los menores en el trabajo” (artículo 49.d).
- Cuarto, que “la ley dispondrá lo necesario para la mayor eficacia, responsabilidad y estímulo del trabajo, regulándolo adecuadamente y estableciendo la protección que deberá dispensarse a los trabajadores para garantizar su estabilidad en el trabajo y el mejoramiento de sus condiciones materiales, morales e intelectuales” (artículo 62).
- Quinto, que “la Nación fomentará la enseñanza técnica de los trabajadores” (artículo 62).

— Sexto, que “a legislación del trabajo consagrará los siguientes derechos y preceptos, aplicables tanto al trabajo manual como al intelectual o técnico, además de otros que concurran a mejorar las condiciones de los trabajadores:

1. Jornada máxima normal de ocho horas en el día y de siete en la noche, salvo para determinados trabajos, con reposo semanal remunerado, de acuerdo con la ley. Esta podrá propender a la disminución progresiva de la jornada máxima, en general, o para determinadas industrias, en particular.
2. Salario igual para trabajo igual, sin distinción de sexo, nacionalidad o raza.
3. Salario mínimo y vital, suficiente para satisfacer las necesidades del trabajador.
4. Vacaciones anuales remuneradas, sin distinción entre obreros y empleados.
5. Responsabilidad por riesgos profesionales.
6. Preaviso e indemnización en caso de término o de ruptura del contrato de trabajo; prima de antigüedad y jubilación después del tiempo de servicio, en las condiciones que fije la ley.
7. Estabilidad en el trabajo para los miembros de las directivas de los sindicatos de trabajadores, salvo los casos de retiro plenamente justificados.
8. Contrato colectivo de trabajo, en el cual podrá incluirse la cláusula sindical.
9. Conciliación para resolver los conflictos entre patronos y trabajadores.
10. Derecho de huelga, salvo en los servicios públicos que determine la ley.
11. Protección especial en el trabajo de los menores y de las mujeres: con derecho, para los primeros, de aprendizaje y fijación de la edad mínima para ser admitidos en los diversos tipos de trabajo, y de reposo remunerado para las segundas, antes y después del alumbramiento.

12. Régimen de participación en los beneficios de las empresas, para los empleados y obreros, y fomento del ahorro entre los mismos.
 13. Responsabilidad del cumplimiento de las leyes sociales, por parte de la persona natural o jurídica en cuyo provecho se preste el servicio, aun cuando el contrato de trabajo fuera efectuado por intermediario o por contratista, sin que ello impida la responsabilidad de estos últimos.
 14. Inembargabilidad del salario, en la proporción y en los casos que fije la ley.
 15. Privilegio para los créditos de los trabajadores, cuando se deriven de beneficios o de derechos acordados por la ley.
 16. Irrenunciabilidad de las disposiciones legales que favorezcan a los trabajadores (artículo 63).
- Séptimo: que “el Estado propenderá al establecimiento del salario familiar a través de instituciones adecuadas, en conformidad con la ley” (artículo 64), y
 - Octavo: que “se garantizan los derechos de asociación y sindicalización con fines lícitos; estos derechos se ejercerán conforme a las leyes” (artículo 42).

Por último, la Constitución de 1947 también reguló el derecho de los habitantes de la República “de vivir protegidos contra los riesgos de carácter social que puedan afectarlos y contra la necesidad que de ellos se derive”, imponiendo la obligación al Estado de establecer “en forma progresiva, un sistema amplio y eficiente de Seguridad Social y fomentará la construcción de viviendas baratas destinadas a las clases económicas débiles” (artículo 52).

SOBRE EL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD DE LA TIERRA Y DEL SUBSUELO

Los principios en la Constitución mexicana de 1917

Una de las grandes innovaciones de la Constitución mexicana, que identifican su carácter revolucionario y que también marcaron un hito

en el constitucionalismo moderno, fue la inclusión en la misma de normas reguladoras de la propiedad de la tierra y del subsuelo.

En tal sentido, en el artículo 27 de la Constitución recogió el principio que condicionó el surgimiento de la propiedad privada en el mundo hispanoamericano, conforme a las Leyes de los Reynos de Indias recopiladas en 1680, conforme a las cuales la tierra era de propiedad de la Corona, y fue transferida a los particulares a título de propiedad, de manera que las que no tenían dueño seguían siendo de la Corona (Tierras baldías). En igual sentido, en la Constitución de 1917 se dispuso que: “Art. 27.- La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual, ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada”.

La Constitución mexicana además, estableció por primera vez a nivel constitucional, principios limitativos sobre el latifundio con fines de interés público, al disponer que:

Con este objeto se dictarán las medidas necesarias para el fraccionamiento de los latifundios; para el desarrollo de la pequeña propiedad; para la creación de nuevos centros de población agrícola con las tierras y aguas que les sean indispensables; para el fomento de la agricultura y para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad.

Se agregó además el derecho de los pueblos a la tierra en la siguiente forma:

Los pueblos, rancherías y comunidades que carezcan de tierras y aguas, o no las tengan en cantidad suficiente para las necesidades de su población, tendrán derecho a que se les dote de ellas, tomándolas de las propiedades inmediatas, respetando siempre la pequeña propiedad.

A tal efecto, la Constitución confirmó las “dotaciones de terrenos” que se habían hecho hasta entonces de conformidad con el Decreto del 6 de enero de 1915, declarándose que “la adquisición de las propiedades particulares necesarias para conseguir los objetos antes expresados, se considerará de utilidad pública”.

En cuanto a la propiedad del subsuelo, el mismo artículo 27 de la Constitución mexicana, igualmente en forma innovadora respecto de las Constituciones de la época, dispuso el dominio del Estado sobre el mismo, en la siguiente forma:

Corresponde a la Nación el dominio directo de todos los minerales o substancias 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 fosfatos susceptibles de ser utilizados como fertilizantes; los combustibles minerales sólidos; el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos.

En cuanto a la propiedad de las aguas, igualmente se atribuyó al dominio del Estado, indicándose en la Constitución que:

Son también propiedad de la Nación las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fija el Derecho Internacional; las de las lagunas y esteros de las playas; las de los lagos inferiores de formación natural, que estén ligados directamente a corrientes constantes; las de los ríos principales o arroyos afluentes desde el punto en que brota la primera agua permanente hasta su desembocadura, ya sea que corran al mar o que crucen dos o más Estados; las de las corrientes intermitentes que atraviesen dos o más Estados en su rama principal; las aguas de los ríos, arroyos o barrancos, cuando sirvan de límite al territorio nacional o al de los Estados; las aguas que se extraigan de las minas; y los cauces, lechos o riberas de los lagos y corrientes anteriores en la extensión que fije la ley. Cualquiera otra corriente de agua no incluida en la enumeración anterior, se considerará como parte integrante de la propiedad privada que atravesase; pero el aprovechamiento de las aguas, cuando su curso pase de una finca a otra, se considerará como de utilidad pública y quedará sujeta a las disposiciones que dicten los Estados.

La Constitución declaró que el dominio de la nación sobre el subsuelo y sobre las aguas “es inalienable e imprescriptible, y sólo se podrán hacer concesiones por el gobierno federal a los particulares o sociedades

civiles o comerciales constituidas conforme a las leyes mexicanas, con la condición de que se establezcan trabajos regulares para la explotación de los elementos de que se trata, y se cumplan con los requisitos que prevengan las leyes; previendo en el propio texto de la Constitución los requisitos y limitaciones tanto para adquirir “el dominio de las tierras y aguas de la Nación” como para obtener concesiones.

Otra previsión de importancia fundamental en la regulación de la Constitución de 1917 sobre la propiedad, fue en relación con las iglesias, de cualquier credo, a las cuales no sólo se les prohibió poder “adquirir, poseer o administrar bienes raíces, ni capitales impuestos sobre ellos”, sino que se les confiscó los que tenían en ese momento disponiendo que “entrarán al dominio de la Nación, concediéndose acción popular para denunciar los bienes que se hallaren en tal caso”.

La confiscación decretada, se refirió también a las edificaciones destinadas al culto, estableciéndose en la Constitución que:

Los templos destinados al culto público son de la propiedad de la Nación, representada por el Gobierno Federal, quien determinará los que deben continuar destinados a su objeto. Los obispos, casas curales, seminarios, asilos o colegios de asociaciones religiosas, conventos o cualquier otro edificio que hubiere sido construido o destinado a la administración, propaganda o enseñanza de un culto religioso, pasarán desde luego, de pleno derecho, al dominio directo de la Nación, para destinarse exclusivamente a los servicios públicos de la Federación o de los Estados en sus respectivas jurisdicciones. Los templos que en lo sucesivo se erigieren para el culto público, serán propiedad de la Nación.

La Constitución también reguló principios de propiedad comunal, al disponer que:

Los condueñazgos, rancherías, pueblos, congregaciones, tribus y demás corporaciones de población que de hecho o por derecho guarden el estado comunal, tendrán capacidad para disfrutar en común las tierras, bosques y aguas que les pertenezcan o que se les haya restituído o restituyeren, conforme a la ley de 6 de enero de 1915; entre tanto la ley determina la manera de hacer el repartimiento únicamente de las tierras.

...

Se declaran nulas todas las diligencias, disposiciones, resoluciones y operaciones de deslinde, concesión, composición, sentencia, transacción, enajenación o remate que hayan privado total o parcialmente de sus tierras, bosques y aguas, a los condeñazgos, rancherías, pueblos, congregaciones, tribus y demás corporaciones de población, que existan todavía, desde la ley de 25 de junio de 1856; y del mismo modo serán nulas todas las disposiciones, resoluciones y operaciones que tengan lugar en lo sucesivo y produzcan iguales efectos. En consecuencia, todas las tierras, bosques y aguas de que hayan sido privadas las corporaciones referidas, serán restituidas a éstas con arreglo al Decreto de 6 de enero de 1915, que continuará en vigor como ley constitucional.

...

Sólo los miembros de la comunidad tendrán derecho a los terrenos de repartimiento y serán inalienables los derechos sobre los mismos terrenos mientras permanezcan indivisos, así como los de propiedad, cuando se haya hecho el fraccionamiento.

*El régimen de la propiedad de la tierra y del subsuelo
en el constitucionalismo venezolano*

Algunos de los principios de la Constitución mexicana de 1917 en esta materia del régimen de la propiedad de la tierra tuvieron repercusión en el constitucionalismo venezolano en la misma Constitución de 1947, aun cuando sin el detalle y profundidad de las previsiones de la Constitución de 1917, con previsiones generales que remitieron a la ley para su reglamentación, y sin el carácter reglamentario de la Constitución mexicana.

Así, por ejemplo, sobre las limitaciones a la apropiabilidad de la tierra, el artículo 65 de la Constitución de 1947 remitió la regulación de la materia a la ley, estableciendo el principio de que: “La ley podrá establecer prohibiciones especiales para la adquisición, transferencia, uso y disfrute de determinadas clases de propiedad, sea por su naturaleza, por su condición, o por su situación en el territorio nacional”.

La Constitución estableció además, la obligación del Estado de atender “a la defensa y conservación de los recursos naturales del territorio venezolano, y reglamentará el uso, goce y aprovechamiento de aquéllos, de acuerdo con los fines anteriormente citados” (artículo 66).

Lo anterior, con el objeto de disponer que “el derecho de propiedad privada territorial está condicionado” por las dos disposiciones

precedentes, “y por la obligación de mantener las tierras y bosques, que son su objeto, en producción socialmente útil”. A tal efecto, de nuevo el constituyente se remitió a la Ley el determinar “los efectos de esta disposición y las condiciones de su aplicación” (artículo 68).

Por otra parte, en cuanto al régimen del latifundio, al uso de la propiedad de la tierra para fines de explotación agrícola, y sin duda bajo la influencia de la Constitución mexicana de 1917, la Constitución venezolana de 1947 recogió el principio de que:

Art. 69. El Estado realizará una acción planificada y sistemática, orientada a transformar la estructura agraria nacional, racionalizar la explotación agropecuaria, a organizar y distribuir el crédito, a mejorar las condiciones de vida del medio rural y a la progresiva emancipación económica y social de la población campesina.

Una ley especial determinará las condiciones técnicas y las demás acordes con el interés nacional, mediante las cuajes hará efectivo y eficaz el ejercicio del derecho que la Nación reconoce a las asociaciones de campesinos y a los individuos, aptos para el trabajo agrícola o pecuario y que carezcan de tierras laborables o no las posean en cantidad suficiente, a ser dotados de ellas y de los medios necesarios para hacerlas producir.

En el constitucionalismo venezolano, por otra parte, se debe recordar que desde el propio inicio de la República, en la Constitución de 1811, se incorporaron normas de importancia en materia de derechos sociales, están las referidas a asegurar los derechos sociales de los “ciudadanos que hasta hoy se ha denominado indios”. A tal efecto, en el artículo 200 se argumentó como motivación que:

Como la parte de ciudadanos que hasta hoy se ha denominado indios no ha conseguido el fruto apreciable de algunas leyes que la monarquía española dictó a favor, porque los encargados del Gobierno en estos países tenían olvidada su ejecución, y como las bases del sistema de Gobierno que en esta Constitución ha adoptado Venezuela no son otras que las de la justicia y la igualdad.

Entonces, con base en ello, se encargó en la misma norma a los gobiernos provinciales que además de “aplicar sus fatigas y cuidados para conseguir la ilustración de todos los habitantes del Estado”, les

proporcionen a los indios: “escuelas, academias y colegios en donde aprendan todos los que quieran los principios de la religión, de la sana moral, de la política, de las ciencias y artes útiles y necesarias para el sostenimiento y la prosperidad de los pueblos”.

Además, se prohibió que pudieran “aplicarse involuntariamente a prestar servicios a los tenientes o Curas de sus parroquias, ni a otra persona alguna”.

La Constitución de 1811, en el mismo artículo 200 exigió además a los gobiernos de las provincias, que permitieran: “El reparto en propiedad de las tierras que les estaban concedidas [a los indios] y de que están en posesión para que a proporción entre los padres de familia de cada pueblo las dividan y dispongan como verdaderos señores, según los términos y reglamentos que formen los gobiernos provinciales”.

Para asegurar el estatus de ciudadanos de los indios, el artículo 201 de la Constitución, dispuso que “se revocan, por consiguiente, y quedan sin valor alguno las leyes que en el anterior Gobierno concedieron ciertos Tribunales, protectores y privilegios de minoridad a dichos naturales, las cuales, dirigiéndose al parecer a protegerlos, les han perjudicado sobremanera, según ha acreditado la experiencia”.

Esos principios se recogieron también en la Constitución de 1947, aun cuando con una norma escueta disponiendo que “corresponde al estado procurar la incorporación del indio a la vida nacional”.

Por otra parte, en cuanto al dominio público del Estado sobre las aguas y el subsuelo, que tuvo tanta importancia la Constitución mexicana de 1917, en el constitucionalismo venezolano sólo fue en la Constitución de 1999 donde se incorporaron normas de rango constitucional expresas sobre el régimen de dicho dominio público, que fueron:

Artículo 12. Los yacimientos mineros y de hidrocarburos, cualquiera que sea su naturaleza, existentes en el territorio nacional, bajo el lecho del mar territorial, en la zona económica exclusiva y en la plataforma continental, pertenecen a la República, son bienes del dominio público y, por tanto, inalienables e imprescriptibles. Las costas marinas son bienes del dominio público.

Artículo 304. Todas las aguas son bienes de dominio público de la Nación, insustituibles para la vida y el desarrollo. La ley establecerá las disposiciones necesarias a fin de garantizar su protección, aprovechamiento y

recuperación, respetando las fases del ciclo hidrológico y los criterios de ordenación del territorio.

Sin embargo, ello no significó que dicho régimen de dominio público sobre las aguas y del subsuelo se haya establecido en 1999.

En cuanto al dominio público sobre las aguas, desde siempre en la República, las mismas se consideraron como del dominio público, lo cual se consolidó en la legislación en las normas del Código Civil desde mitades del siglo XIX y en cuanto al dominio público sobre los yacimientos mineros y el subsuelo en general, en Venezuela desde siempre también fueron considerados como bienes del dominio público de la República, inalienables e imprescriptibles, conforme a las Reales Ordenanzas para la Minería de Nueva España dictadas en 1783, precisamente dictadas para el Virreinato que tuvo jurisdicción en lo que hoy es México, conforme a las cuales, toda riqueza extraída del subsuelo, incluyendo el petróleo “bitúmenes” o “jugos de la tierra” de acuerdo con la designación de la época, era patrimonio de la Real Corona y, por lo tanto, sólo ella tenía la potestad de conceder a los particulares el derecho de explotarla mediante denuncia.

Esas importantes regulaciones, abandonadas en México en el siglo XIX y que fueron las que inspiraron en definitiva las previsiones de la Constitución de 1917 donde se restableció su espíritu, han sido las que se han aplicado en Venezuela, desde cuando Simón Bolívar “Libertador residente de Colombia” dictó en Quito el “Decreto sobre conservación y propiedad de las minas contra cualquier ataque y contra la facilidad de turbarla o perderla”, con una regulación detallada en la materia, que concluía disponiendo que “mientras se forma una ordenanza propia para las minas y mineros de Colombia, se observará provisionalmente la Ordenanza de minas de Nueva España, dada en 22 de mayo de 1783”. El espíritu de la Ordenanzas luego se recogió en las leyes de minas e hidrocarburos de Venezuela, donde siempre los yacimientos mineros han sido considerados como parte del dominio público del Estado.



LA INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917 EN EL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL

Raúl Canosa Usera*

INTRODUCCIÓN: LA VENERABLE CONSTITUCIÓN DE QUERÉTARO

No es tan frecuente en la tradición hispánica que las Constituciones perduren, así que los ejemplos de permanencia suelen ser la excepción. Es el caso de la Constitución argentina de 1853 que, empero, ha sufrido avatares varios e interrupciones de su vigencia con episodios autoritarios de los que pudo reponerse.

En general, aunque con alguna notable excepción, el constitucionalismo iberoamericano ha seguido en esto la peripecia española que, en la estela del experimentalismo constitucional francés, sustituía una Constitución por otra, sin respetar el correspondiente procedimiento de reforma. La nueva ley fundamental tenía a su vez una vigencia más o menos efímera al tratarse casi siempre de la Constitución de una facción, utilizada por ésta contra las facciones adversarias.

En este panorama de inestabilidad política algunos contenidos constitucionales subsistían en los textos venideros, pero se acaba imponiendo el cambio revolucionario que destruía la continuidad jurídica al desconocer el procedimiento de reforma constitucional. La dinámica política se encauzaba por la vía revolucionaria y no por la reformista.

* Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad Complutense.

Si todo el constitucionalismo iberoamericano recibe el influjo, entre otros, de la Constitución de Cádiz de 1812, también heredó de ella su deficiente vigencia. El contraste resultaba muy vivo con la permanencia de la Constitución norteamericana de 1787 cuya adaptación se ha venido encauzando por la vía de la reforma y, en mayor medida, a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema.

México tampoco escapó de ese aventurerismo constitucional hasta la llegada de la Constitución de 1917. Desde entonces, su vigencia ha sido continuada, con todos sus claroscuros, y su adaptación se ha venido realizando no tanto mediante la jurisprudencia de su máximo intérprete, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sino a través de frecuentes reformas constitucionales que la han ido adaptando a lo largo del tiempo.¹ Esta experiencia mexicana contrasta con la del vecino del norte, pero demuestra, en todo caso, cómo también en un país hispano la permanencia constitucional es posible. Por ello los mexicanos celebran con lógico orgullo el centenario de la venerable Constitución de Querétaro. A pesar de las muchas reformas realizadas en ella, su personalidad inicial sigue presente y se ha revitalizado en los últimos tiempos. Recuérdese el lema del movimiento revolucionario que la alumbró: “Sufragio efectivo, no reelección”. En efecto, la reelección presidencial sigue prohibida, resistente a la tendencia continental que se ha ido abriendo camino desde los años noventa del siglo pasado. Respecto de la efectividad de la democracia, recuérdense las reformas acometidas para levantar un sistema electoral que asegurara la pulcritud de los resultados y que ha generado una administración y un sistema judicial electoral formidable. Es verdad que este último fue necesario para superar una etapa en la que predominó un componente autoritario, si bien limitado por la no reelección, lo que implicaba al menos rotación de las personas aunque no del partido dominante, y por la supremacía incuestionable del poder civil sobre el elemento militar. Porque la continuada vigencia de la Constitución de 1917 no fue incompatible con un periodo de mayor o menor autoritarismo bajo la constante hegemonía del PRI. Tal cosa es anómala en una democracia que vive de

¹ Como explica Salvador Nava Gomar, *Dinámica constitucional: entre la interpretación y la reforma*, México, Universidad Anáhuac, 2003.

la alternancia, en la dialéctica mayoría-oposición. De esta anomalía se salió con la reformas de profundización democrática apuntadas que recuperan el espíritu primigenio que inspiró a los revolucionarios.

En relación con lo anterior es conveniente apuntar que la Constitución de 1917 no fue producto de un pacto sino fruto de una revolución cuya mitología sigue siendo muy inspiradora. Los insurgentes desplazaron del poder a quienes habían violado la Constitución de 1857 y, por lo tanto, la pugna era entre autoritarios y partidarios del régimen constitucional.

Otro dato crucial que hay que resaltar es que la Revolución mexicana no fue tanto liberal como, sobre todo, democrática y social. La efectividad de la democracia que traslucía el lema “sufragio efectivo, no reelección” venía acompañada por la influencia de los nuevos movimientos de corte socializante que simultáneamente fraguaron en la Revolución soviética ya en marcha al momento de publicarse, el 5 febrero 1917, la Constitución de Querétaro.

El hecho es capital y justamente se recuerda siempre: la de México fue la primera Constitución en el mundo que aúna los tres elementos esenciales de lo que, en el periodo de entreguerras y tras la Segunda Guerra Mundial, acabará denominando Herman Heller “Estado social de derecho”. En efecto, a los principios básicos del Estado liberal: división de poderes y garantía de las libertades individuales, se suman el principio democrático y el principio social. Pues bien, México es el primer experimento en este género de constitucionalismo que se hará universal y que todavía está vigente y de forma muy llamativa en el constitucionalismo iberoamericano.

Si con todo rigor Francia recibió la vitola de laboratorio constitucional, con la carta de Querétaro esa calificación comienza a recibirla el constitucionalismo iberoamericano hasta nuestros días. Es precisamente la naturaleza mixta de la Constitución de 1917 la que la hace influyente en el constitucionalismo mundial, también en el español que alumbró la Constitución republicana de 1931.

Mientras la Revolución soviética inauguró una vía que combinaba los principios socializantes de cuño marxista con una versión de la democracia sin pluralismo político y por supuesto con abandono, proscripción, de los principios del Estado liberal, la Revolución mexicana

anticipaba un experimento de colosal trascendencia histórica, consistente en respetar los principios liberales, pero haciéndolos compatibles con la democracia pluralista y con los principios sociales. Este camino lo siguen Constituciones como la alemana de 1919 y, un poco más tarde, la española de 1931, ambas fruto de sendas revoluciones que renunciaron, sin embargo, a seguir, al menos de inmediato, la senda soviética y alumbraron, a pesar de su fracaso, el camino de los Estados sociales democráticos florecidos en Europa occidental tras la Segunda Guerra Mundial.

Así que la de México fue la primera en el experimento y se sostuvo sin colapsar como ocurrió en Alemania y en España; tuvo desde luego sus deficiencias, desviaciones criticables, exacerbaciones socializantes, desarrollos poco democráticos, pero sobrevivió y ahora preside los destinos de la democracia más populosa de habla hispana.

INFLUENCIAS RECÍPROCAS EN EL CONSTITUCIONALISMO HISPÁNICO

No hace mucho recordábamos a la Constitución de 1812, con motivo de su aniversario doscientos. Estuvo efectivamente vigente en muchos lugares de América y fue redactada en parte por americanos que compartieron con sus compatriotas peninsulares la tarea de elaborarla y aprobarla. La “reunión de los españoles de ambos hemisferios”, tal y como definía de manera democrática a la nación española al artículo 1.1, para a continuación (artículo 1.2) atribuirle la titularidad de la soberanía.

Era lógico, por consiguiente, que la Constitución de 1812 pesara en el devenir constitucional de las nuevas naciones americanas, pues aunque era la ley fundamental de la antigua potencia colonial, fue también, en algunos casos, su propia Constitución. Por mucho que la independencia se hiciera, claro está, contra España, las raíces culturales y jurídicas eran comunes como lo eran las de las recién independizadas naciones de América del Norte con Inglaterra.

En esa influencia jurídica hispánica no sólo destaca la Constitución de 1812, sino toda la tradición jurídica peninsular que había enraizado en la cultura novohispana y en los demás territorios ultramarinos españoles. Recuérdese, en este sentido, que Argüelles, en su discurso

preliminar a la Constitución de Cádiz, presentaba ésta como una mera actualización de las tradiciones jurídicas de los viejos reinos peninsulares, cuyo olvido había traído el absolutismo. Argüelles intenta pasar como resurgimiento lo que era en verdad revolucionario, pero con todo no le faltaba algo de razón cuando presenta el “constitucionalismo medieval” como un antecedente directo del que en ese momento representaba la carta gaditana. Había sucedido en España lo contrario que en Inglaterra; mientras que allí las venerables libertades medievales habían evolucionado en clave moderna y liberal para mantener la división de poderes antigua modernizándola a la par que el concepto mismo de libertad (Locke), en España y en el resto de Europa, aquellas libertades antiguas y la división de poderes sobre la que se sustentaban fueron barridas por el absolutismo. Por eso, Argüelles evoca la “experiencia de todos los tiempos” para subrayar, un poco al modo de Montesquieu, que sólo cuando tal división existe y los poderes se controlan entre sí, se ejerce la libertad. Quería resaltar que, en los antiguos reinos españoles, esa tradición existía y que la Constitución de 1812 no venía sino a reverdecerla.

No es de extrañar, pues, que en las instituciones iberoamericanas surgidas tras la independencia, subsistieran esos influjos peninsulares que han sido justamente subrayados, por ejemplo, por el maestro Fix-Zamudio en relación con el juicio de amparo.² En concreto, el jurista mexicano apunta las influencias del derecho aragonés, en particular del derecho de manifestación ante el Justicia, sin olvidar el juicio de residencia que tanta importancia tuvo en el derecho indiano.

Como veremos a continuación, el juicio de amparo mexicano, preñado de influjos españoles, acaba proyectándose en el sistema constitucional español de 1931 y continúa en el de 1978, sin olvidar los numerosos amparos en otros lugares de Iberoamérica.³ La castiza palabra amparo⁴ en sí misma anticipa su sentido jurídico y ha servido y sir-

² “El derecho de amparo en México y en España. Su influencia recíproca”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, 1979, pp. 229 y ss.

³ *Ibidem*, pp. 240 y ss.

⁴ Que como explica Rafael de Altamira, se usó de muy antiguo para referirse a la protección de personas, *Diccionario castellano de palabras jurídicas y técnicas tomadas de la legislación indiana*, México, 1951, pp. 17 y 18.

ve cada vez más para denominar las garantías de la libertad, el mismo sentido que tuvo en el derecho aragonés.

Si Argüelles tenía razón, podríamos hablar de un constitucionalismo hispánico, equiparable acaso a otros como el inglés, el norteamericano o francés; nuestro constitucionalismo además descansaría, con gran ventaja sobre los otros mencionados, en un acto normativo —la Constitución de Cádiz— fruto de una voluntad todavía común de los españoles de ambos hemisferios. Y esa carta además evocaba y reinstauraba, al decir de Argüelles, viejas reglas de los reinos españoles. Se fundirían así tradición y modernidad en la Constitución gaditana que, sin embargo, no perduró como tampoco lo hizo la unión de la Monarquía hispánica de la que partía. Con todo, subsiste ese poso común que explica recíprocas influencias entre los que podríamos llamar “variantes peninsular” y “ultramarinas” del constitucionalismo hispánico. Y tales influencias se siguen produciendo en ambas direcciones con gran provecho de todos.

Me voy a ocupar ahora de una de las manifestaciones más llamativas de ese influjo, el que irradió de la Constitución mexicana de 1917 sobre el constitucionalismo español.

LA INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917 EN LA ELABORACIÓN DE LA ESPAÑOLA DE 1931

La atmósfera y las circunstancias españolas que generaron el advenimiento de la Segunda República, podrían en cierto modo compararse con las que propiciaron la Revolución mexicana. En ambos países la legalidad liberal de 1857, en México, y de 1876, en España, fueron desconocidas y ello hizo inviable su plena recuperación. Es obvio que cada país presenta sus propias características, pero es obvio también que ese colapso del régimen genuinamente liberal, unido a los problemas sociales que no resolvieron los respectivos regímenes autoritarios propiciaron el advenimiento revolucionario del que las Constituciones de 1917 y de 1931 fueron formalización.

Además, esas revoluciones coincidieron con el auge de ideas socializantes que contrastaban con la ideología puramente liberal que inspiró los textos constitucionales anteriores; los nuevos, empezando por

el pionero de México, recogieron esas ideas y las combinaron con las de estirpe liberal. La anticipación mexicana del Estado social de derecho, a la que ya me he referido, es absoluta e influye, entre otras, en la Constitución de Weimar y en la española de 1931. La diferencia entre la americana y las europeas es que éstas tuvieron una vida efímera, incluso la germana convivió con sus usurpadores nacionalsocialistas y la española sucumbió en la sangrienta guerra civil. En contraste, la Constitución mexicana comenzó enseguida a ser reformada⁵ para adaptarse a las exigencias políticas de cada instante y ha perdurado hasta nuestros días como ejemplo de longevidad.

La Constitución sustancial mexicana, es decir, el conjunto de fuerzas políticas y sociales determinantes en aquel país apoyó la vigencia de la carta de 1917 y propulsó sus reformas con objeto de acomodar el texto formal a la Constitución sustancial.⁶ En cambio, en Alemania, la Constitución quedó sin valedores y fue a la postre destruida sin ser derogada. Por su parte, en España, la carta de 1931 no reflejaba bien ni siquiera al principio de su vigencia al cuerpo político español⁷ y los intentos de reforma naufragaron al tiempo que hubo rebeliones de derecha y de izquierda. Por último, el levantamiento militar de 1936 condujo a la destrucción completa del orden constitucional.

A poco de aprobarse casi nadie parecía apoyar ya a la Constitución de 1931, unos por ser muy izquierdista, otros por serlo poco o por no aprovecharse suficientemente sus impulsos socializantes. Aquellos defectos⁸ que el primer presidente de la República española explicaría, acabaron condenándola a la destrucción.

⁵ Para seguir ordenadamente las reformas introducidas en la Constitución mexicana, *cfr.* la información aportada por la Secretaría de Servicios Parlamentarios, Centro de Documentación, Información y Análisis <http://www.diputados.gob.mx/sedla/biblio/archivo/SAD-09-08.pdf>.

⁶ Acerca del concepto de Constitución sustancial, Pablo Lucas Verdú se ha referido a él en numerosas ocasiones y en concreto a la Constitución sustancial de la Segunda República, *Curso de Derecho Político*, Madrid, Tecnos, 1984, vol. IV, pp. 306 y 307.

⁷ Como señala Niceto Alcalá Zamora, *Los defectos de la Constitución española de 1931*, Madrid, Imprenta de R. Espinosa, 1936, p. 32. Hay una reedición *Los defectos de la Constitución de 1931: Seguido de Tres años de experiencia constitucional y de un apéndice con el texto de la Constitución de 1931*, con advertencia y notas de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Madrid, Civitas, 1981.

⁸ *Idem.*

En definitiva, si ambas Constituciones, la mexicana y la española, fueron rápidamente redactadas,⁹ la primera comenzó enseguida a pulirse con frecuentes reformas que contribuyeron a consolidar esa sintonía entre la Constitución escrita y la Constitución sustancial, una sintonía que en verdad nunca alcanzó la carta española, lo que explica su convulsa existencia y su trágico final.

Las enseñanzas del constitucionalismo hermano no alcanzaron a ilustrar a los españoles sobre la manera de conservar la ley fundamental que se habían dado, pero influyó notablemente en su contenido. Y para ello fue fundamental la presencia en España de un mexicano singular y muy ilustre, el profesor de la UNAM y conspicuo político, Rodolfo Reyes. Este mexicano llevaba residiendo en España desde antes del advenimiento republicano y ya en 1916 pronunció en la Real Academia de Jurisprudencia una conferencia sobre el juicio de amparo mexicano que dio lugar a un libro.¹⁰ Reyes se convirtió en una suerte de Tocqueville hispánico,¹¹ un americano que expuso las bondades del sistema mexicano a sus colegas españoles, influyendo sobremanera en ellos.¹² Contribuyó en grado sumo a que los juristas españoles consideraran con gran simpatía y admiración el sistema constitucional mexicano y el mismo Luis Jiménez de Asúa, presidente de la Comisión encargada en las Cortes de preparar el proyecto para su deliberación, citó, en el discurso de presentación del proyecto de Constitución que pronunció el 27 de agosto de 1931, la Constitución mexicana, junto con la rusa de

⁹ Lo que Luis Jiménez de Asúa describe y critica porque consideraba, respecto al caso español, que la obra del gobierno revolucionario debió prorrogarse y permitir así un trabajo más sosegado a la comisión que debía presentar el proyecto de Constitución a las Cortes, *Anécdotas de las constituyentes*, Buenos Aires, Mitre imp., 1942, pp. 25 y ss.

¹⁰ *El juicio de amparo de garantías en el derecho constitucional mexicano*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia, 1916.

¹¹ Comparación que hace Fix-Zamudio, *op. cit.*, p. 246.

¹² Influencia que se ha destacado abundantemente, en especial en relación con el recurso de amparo introducido en la Carta de 1931. *Cfr.*, por ejemplo, la opinión de Eduardo García Vaquero que resalta la influencia de Reyes ya en los trabajos de la Asamblea Consultiva, en 1928, sobre un proyecto de “tribunales de amparo ciudadano”, “El amparo del derecho: jurisdicción o recurso”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, agosto de 1928, p. 114.

1918 y la alemana de 1919, como “Constituciones madres” de la que estaba gestándose.¹³

No es de extrañar, por tanto, que la diáspora republicana encontrara, tras la guerra civil española, acogida calurosa en muchos países hermanos de América y sobre todo en México que se benefició de los saberes de tantos profesores universitarios españoles, muchos de los cuales estuvieron en aquellas Cortes o de un modo u otro colaboraron en la gestación de la Constitución de 1931. Las influencias recíprocas continuaron así aunque aquella Constitución republicana española no consiguiera prosperar.

La influencia, pues, de la carta mexicana de 1917 fue enorme, por razones objetivas, ya que es la primera que experimentaba con esa combinación ya explicada antes de Estado social, y asimismo, gracias al influjo personal de Reyes que, sobre todo respecto del juicio de amparo, condicionó los debates parlamentarios españoles acerca de la justicia constitucional. Fue célebre asimismo su conocida obra *La defensa de la Constitución*¹⁴ donde, tras explicar el amparo mexicano, analizaba el sistema español de justicia constitucional.

Otros autores de la época admitieron esta influencia general del sistema político mexicano, así Nicolás Pérez Serrano,¹⁵ Niceto Alcalá Zamora¹⁶ y aunque sin la misma amplitud también la reconoce Adolfo Posada.¹⁷ Entre los autores recientes, Joaquín Tomás Villa-

¹³ Discurso que reproduce en su obra *Proceso histórico de la Constitución de la República española*, Madrid, Reus, 1932, pp. 41 y ss., y concretamente la referencia a la “Constitución de Méjico” se recoge en la p. 47. También en el *Diario de Sesiones de las Cortes*, núm. 28 del 27 de agosto de 1931, pp. 645 y 646.

¹⁴ Madrid, Espasa-Calpe, 1934.

¹⁵ *La Constitución española. Antecedentes, textos y comentarios*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1932, pp. 33 y ss. El mismo autor destaca esa influencia y además ofrece una buena síntesis de la opinión de sus contemporáneos al respecto, la más crítica la de Buylla (*Diario de Sesiones*, núm. 30) para quien la Constitución era un “mosaico de gallardías de Constituciones europeas y americanas” que conformaban una “Constitución jazz-band, sin ritmo ni armonía”, en “Carácter de la nueva Constitución española”, en *Revista de Derecho Público*, núm. 1, enero, 1932, en Javier García Fernández, *Antología de la Revista de Derecho Público (1932-1936)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, pp. 287 y ss.

¹⁶ *Los defectos...*, cit., pp. 44 y 45.

¹⁷ Cuando hace referencia al “derecho social” mexicano, *La nouvelle constitution espagnole: Le régime constitutionnel en Espagne: Evolution-Textes-Commentaires*, París, Recueil Sirey, 1932, p. 155.

rroya,¹⁸ Francisco Fernández Segado,¹⁹ Luis Sánchez Agesta,²⁰ Jordi Solé Tura y Eliseo Aja,²¹ y Joan Oliver Araujo.²²

ÁMBITOS DE MAYOR INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1917

A parte del influjo general, Constitución “madre” de la española de 1931, por cuanto que la mexicana sintetizaba formalmente el primer ensayo de Estado social de la historia del constitucionalismo universal y lo hacía en español, la carta de Querétaro influye particularmente en algunos aspectos que conviene analizar por separado.

Para ello conviene tener presente el texto original de 1917²³ y las reformas que en él se introdujeron durante las presidencias de don Álvaro Obregón, don Plutarco Elías Calles, don Emilio Portes Gil y acaso las de don Pascual Ortiz.²⁴ En total treinta y dos reformas, que, sin embargo, no afectaron a la identidad constitucional original y que fueron por lo general de corte orgánico

Es sumamente placentero tener en las manos las páginas del *Diario Oficial* “órgano del Gobierno provisional de la República mexicana”, del lunes, 5 de febrero de 1917, en el que Venustiano Carranza, “primer Jefe del Ejército Constitucionalista, encargado del Poder Ejecutivo de los Estados Unidos Mexicanos” hace saber “Que el Congreso Constituyente... ha tenido a bien expedir la siguiente Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.

Aunque presentada como una reforma de la carta de 1857, la de 1917 es en rigor una nueva Constitución fruto del Poder Constituyente reunido en Querétaro. Este texto es el que leyó con avidez Jiménez

¹⁸ *Breve historia del constitucionalismo español*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982, p. 121.

¹⁹ *Las Constituciones históricas españolas*, Madrid, Civitas, 1986, p. 541.

²⁰ Que destaca el conocimiento de Jiménez de Asúa acerca de los regímenes constitucionales más recientes de la época, *Historia del Constitucionalismo español*, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 382.

²¹ *Constituciones y periodos constituyentes en España*, Siglo XXI, Barcelona, 1985, p. 100.

²² *El sistema político de la Constitución española de 1931*, Universitat de les Illes Balears, 1991, p. 43.

²³ http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM_orig_05feb1917.pdf.

²⁴ <http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SAD-09-08.pdf>.

de Asúa²⁵ y otros constituyentes españoles para orientar la misión que tenían entre manos. Y sin duda la tuvieron muy en cuenta en su concepción general y singularmente en los aspectos relativos a los derechos sociales, en la configuración del amparo y, en general, de la justicia constitucional, y asimismo en materia religiosa. Analicemos ahora cada uno de estos tres aspectos.

Derechos sociales

Las “Constituciones madre”, a las que se refirió Jiménez de Asúa, tanto en su presentación del proyecto de Constitución ante las Cortes, el 27 agosto 1931 como en alguna de sus obras a la que ya hemos hecho referencia,²⁶ es decir, las Constituciones mexicana, rusa y alemana, lo eran sobre todo por ocuparse las tres de una dimensión nueva de la vida social que había sido desconocida por el constitucionalismo liberal. Obviamente Jiménez de Asúa se refería a los nuevos derechos de índole social y lo explica,²⁷ señalando cómo la primera etapa de los derechos había sido la del reconocimiento exclusivo de derechos individuales; la segunda etapa se caracterizaría por la generalización de los derechos sociales cuya primera sistematización se realizó en las citadas Constituciones madre. Se incorporaban “nuevos derechos humanos” que reflejaban nuevas preocupaciones de la sociedad.²⁸

Otros autores contemporáneos de Jiménez de Asúa también recalcan ese recibimiento por parte del constitucionalismo español de los nuevos derechos. Posada²⁹ recuerda las afirmaciones de Jiménez de Asúa para explicar cómo la “solidaridad social”³⁰ acaba concretándose en esos derechos nuevos que Posada remite más bien a la Constitución alemana.³¹ Y aunque Posada se refiere al intenso reflejo que la con-

²⁵ Como confiesa en *Proceso histórico...*, cit., pp. IX y X.

²⁶ *Proceso histórico...*, cit., pág. y también en el *Diario de Sesiones*, núm. 28, de 27 agosto, pp. 645 y 646.

²⁷ *La Constitución Política de la Democracia Española*, Santiago de Chile, Ediciones Ercilla, 1942, p. 25.

²⁸ Jiménez de Asúa, *Proceso histórico...*, pp. 50 y 64.

²⁹ *La nouvelle...*, cit., p. 41.

³⁰ *Ibidem*, pp. 41 y 42.

³¹ *Ibidem*, pp. 141 y 155; también en su *Derecho Político*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1935, vol. II, p. 592.

creta regulación constitucional alemana tuvo sobre la redacción de la Constitución de 1931, no olvida citar como precedente en el “derecho social” a la Constitución mexicana de 1917.³²

Por su parte, Nicolás Pérez Serrano sitúa en 1848 el nacimiento de los derechos al trabajo y a la asistencia social que se enriquecieron y completaron con otros nuevos derechos del mismo tenor en las Constituciones de México, Rusia y Alemania.³³ Pérez Serrano señala la influencia “entre otros” de los precedentes alemán y mexicano, en relación con los derechos sociales³⁴ en el proceso constituyente español y resalta particularmente la conexión entre el artículo 44 de la Constitución de 1931, relativo a la propiedad, con los artículos 153 de la Constitución alemana y 27 mexicano.

En 1936, Alcalá Zamora, en su obra de título tan significativo: *Los defectos de la Constitución*, descalificaba la parte de la Constitución republicana dedicada a los derechos sociales (capítulo II del título III) afirmando que tal capítulo “sobraba”.³⁵

Lo cierto es que esas preocupaciones sociales, recogidas en disposiciones constitucionales, suscitaban como ocurrió en la doctrina alemana de entreguerras, las dudas acerca de su efectividad. Ninguno de tales derechos era susceptible de amparo en el ordenamiento jurídico español y varios de los preceptos del capítulo II del título III ni siquiera venían presentados como derechos subjetivos.

Entre los autores contemporáneos, también se ha destacado la influencia de la Constitución mexicana en la parte social de la española de 1931. Villabona recuerda la coincidencia ideológica entre ambos constituyentes y destaca la sintonías mayores.³⁶ Asimismo, María Elena García Expósito.³⁷ Fernández Segado subraya con carácter general las influencias en materia social de las Constituciones mexicana, rusa y

³² *La nouvelle..., cit.*, p. 155.

³³ *La Constitución española..., cit.*, p. 122.

³⁴ *Ibidem*, p. 123.

³⁵ *Op. cit.*, p. 105. Menos virulento, aunque también criticando la falta de sistemática, es Pérez Serrano, *op. cit.*, pp. 119 y ss.

³⁶ “La Constitución mexicana de 1917 y la española de 1931”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 31-32, 1983, p. 207.

³⁷ “La influencia de los derechos sociales de la Constitución mexicana en la Constitución española de 1931”, UNAM, 1993, p. 711.

alemana,³⁸ lo mismo que Oliver Araujo que centra la influencia de la mexicana, sobre todo en los artículos del capítulo II del Título III de la Constitución de 1931.³⁹ Este particular influjo en este capítulo también es subrayado por María del Pilar Villabona⁴⁰ y por García Expósito⁴¹ que, en la línea marcada por Pérez Serrano, analizan la concepción de la propiedad, su función social y las limitaciones que podían pesar sobre ella. Es verdad que el artículo 27 mexicano parte de la propiedad originaria de la nación que tiene el “derecho de transmitir” a los particulares, lo que no se atreve a hacer el artículo 44 de la Constitución de 1931. Sin embargo ésta, aunque de forma mucho menos prolija que la mexicana, establece mecanismos muy enérgicos para imponer a la propiedad privada su función social, incluso para privar de ella a sus titulares. Línea esta que también siguen los artículos 153 y 155 de la Constitución de Weimar. En estas Constituciones y en la mexicana de manera muy prolija, se rompe con ese “terrible” derecho de propiedad, característico del orden liberal, y se sientan las bases de lo que luego se acabará llamando economía social de mercado. Y acaso por ser entonces México y España países eminentemente agrarios, tienen sus Constituciones particular celo en regular la materia (artículo 123, fracción XXVIII, de la Constitución mexicana, y artículo 47 de la española de 1931), como subraya García Expósito.⁴²

También la coincidencia en lo relativo a la enseñanza, no sólo en lo concerniente a la relación entre ella y la Iglesia católica que veremos más adelante, sino en la concepción de una enseñanza laica y gratuita.⁴³

En definitiva, autores antiguos y modernos coinciden en resaltar la notable influencia de la carta mexicana de 1917 sobre los redactores del texto de 1931. Había una sintonía ideológica que implicó en ambos casos regular materias por completo ajenas al constitucionalismo

³⁸ *Op. cit.*, p. 541.

³⁹ *El sistema político...*, *cit.*, pp. 43 y 77.

⁴⁰ “La Constitución mexicana de 1917 y la española de 1931”, *cit.*, p. 204.

⁴¹ “La influencia de los derechos sociales de la Constitución mexicana en la Constitución española de 1931”, *cit.*, pp. 711 y ss.

⁴² *Ibidem*, p. 712.

⁴³ *Cfr.* al respecto Villabona, “la Constitución mexicana de 1917 y la española de 1931”, *cit.*, pp. 206 y 207, y García Expósito, “La influencia de los derechos sociales de la Constitución mexicana en la Constitución española de 1931”, *cit.*, p. 711.

liberal hispánico: función social de la propiedad y tratamiento prolijo de sus límites, reforma agraria, trabajo y los principios del derecho laboral, gratuidad y laicidad de la enseñanza, entre otras nuevas preocupaciones de índole social. Prácticamente todas las materias sociales que se recogieron en la carta mexicana tienen su asiento en la española de 1931.

El amparo

Apuntaba al comienzo de este estudio la gran influencia de Rodolfo Reyes en la conformación de una justicia constitucional que acabó encarnando el Tribunal de Garantías Constitucionales en la Constitución de 1931. En particular Reyes fue determinante en la configuración del recurso de amparo; además este autor mexicano analizó en su ya citada obra *La defensa de la Constitución*, el resultado de la tarea realizada por las Cortes, tanto al elaborar el texto constitucional como con la aprobación de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías, durante cuya gestación Reyes fue mencionado en cuatro ocasiones, tal y como consta en el *Diario de Sesiones*.⁴⁴ Reyes explica en su obra los antecedentes del amparo mexicano para ubicarlo⁴⁵ no sólo en la Constitución de 1857 y en la célebre fórmula Otero, sino remontándose a sus antecedentes hispánicos como el fuero de manifestación aragonés y el juicio de residencia indiano.⁴⁶

Es cierto, como pone de relieve Fix-Zamudio,⁴⁷ que Reyes divulga entre los españoles el concepto clásico de amparo que ya en 1931 se había enriquecido. Es decir, Reyes difundió la noción del amparo como el proceso mediante el cual la jurisdicción federal delimitaba si hubo vulneración de las garantías individuales o de la división de poderes. Si lo hubiera, debía dejar de aplicar la norma controvertida en el caso concreto.⁴⁸

⁴⁴ Las alusiones a Reyes, con citas textuales y las referencias al *Diario de Sesiones* se recogen en Reyes, *La defensa de la constitución*, cit., p. 7.

⁴⁵ *La defensa de la constitución*, cit., p. 31.

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 26 y 27.

⁴⁷ “El derecho de amparo...”, cit., p. 258.

⁴⁸ *La defensa de la constitución*, cit., p. 33.

Sea como fuere, el propio Reyes recordaba⁴⁹ que desde 1916 una conferencia suya sobre el juicio de amparo mexicano suscitó el interés de figuras tan relevantes del mundo jurídico español como Rafael de Altamira. El propio Reyes elaboró un informe para la Comisión jurídica asesora bajo el título “Ante el momento constituyente español. Experiencias y ejemplos mexicanos”.⁵⁰ Con lógica complacencia Reyes⁵¹ se jacta de la influencia del amparo mexicano y de la suya propia en el proceso español que con cuidado desmenuza analíticamente para criticarlo o ensalzarlo según convenga. Aunque en el debate constituyente no se prestara demasiada atención a la justicia constitucional, otra cosa muy distinta sucedió, como era de esperar, durante el debate parlamentario a propósito de la ley orgánica de desarrollo del Tribunal de Garantías Constitucionales.⁵²

Es sabido que el sistema español se acabó encuadrando más bien en el modelo de control concentrado de la Constitución austriaca de 1920 y en esto parecía alejarse del modelo de control difuso que caracterizaba al juicio de amparo mexicano. A pesar de ello, lo previsto en el artículo 103 de la Constitución mexicana acabó calando en el texto español (artículo 100 del anteproyecto 117 del proyecto y 121 del texto final).⁵³ Así que se introdujo entre las competencias del Tribunal de Garantías la de resolver el “juicio de amparo”, expresión del anteproyecto que luego, ya en el proyecto y finalmente en el texto constitucional, recibe el nombre de “recurso de amparo”, lo que técnicamente era cierto, porque en rigor se trataba de un recurso y no de un juicio.⁵⁴

El artículo 121 constitucional español se completó ya en el debate final que condujo al texto definitivo con el artículo 105 que vino a establecer la creación de los “tribunales de urgencia para hacer efectivo el derecho de amparo de las garantías individuales”. Estos tribunales no se pusieron en funcionamiento y el Tribunal de Garantías se ocupó

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 48 y ss.

⁵⁰ Publicado por CIAP, Madrid, 1939, p. 29.

⁵¹ *La defensa de la constitución*, cit., p. 227 y ss.

⁵² *Ibidem*, p. 72.

⁵³ Los diferentes textos son recogidos por Jiménez de Asúa, *Proceso histórico...*, cit., pp. 472 y ss.

⁵⁴ Aclaración técnica que apunta Fix-Zamudio, “El derecho de amparo...”, cit., p. 227.

en única instancia de los amparos con una jurisprudencia que Martín Bassols analiza detenidamente.⁵⁵

Aunque satisfecho de su influencia, Reyes no duda en criticar varios aspectos del modelo resultante de la Constitución y de la Ley Orgánica. Critica que ésta no pusiera en marcha los tribunales de urgencia, al hilo de su defensa del papel de los jueces ordinarios en la tutela de las garantías individuales.⁵⁶ Asimismo se pregunta por qué tales tribunales no se denominaron lisa y llanamente “tribunales de amparo”.⁵⁷ Enlaza esta crítica con las expuestas sobre la ausencia de jueces entre los integrantes del Tribunal de Garantías Constitucionales,⁵⁸ omisión que fue muy controvertida en su época. Es curioso que el sistema inaugurado por la Constitución de 1978 repare estos yerros y los jueces ordinarios participen, por lo demás de manera principalísima, en la tutela en amparo de los derechos fundamentales, y los jueces puedan asimismo incorporarse al Tribunal Constitucional. Pareciera, pues, que los constituyentes de 1978 tuvieron en cuenta las advertencias y críticas de Reyes al sistema republicano.

También critica Reyes⁵⁹ que no todas las garantías individuales recibieran tutela en amparo al restringir su ámbito la Ley Orgánica.⁶⁰ Con todo, Reyes se mostró satisfecho porque el proyecto gubernativo ofrecía una reproducción estricta del modelo austriaco que al final, con el recurso de amparo, acabó pareciéndose al sistema mexicano,⁶¹ en la medida en que los agraviados podían solicitar el amparo de sus garantías individuales también frente a leyes. Es verdad que, como subraya Reyes, el justiciable tenía abiertas las alternativas del amparo y la del recurso de inconstitucionalidad, pero a juicio de Reyes era mejor acudir a la del amparo,⁶² por mucho que el efecto fuera de inaplicación en el

⁵⁵ *La jurisprudencia del Tribunal de Garantías de la II República española*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981, pp. 123 y ss.

⁵⁶ *La defensa de la constitución, cit.*, pp. 89 y 90.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 59.

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 138 y 139.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 230.

⁶⁰ Esto lo explica muy bien Rosa María Ruiz Lapeña, *El tribunal de garantías constitucionales en la II República española*, Barcelona, Bosch, 1982, pp. 254 y ss.

⁶¹ *La defensa de la constitución, cit.*, p. 83.

⁶² *Ibidem*, p. 184.

caso. Tal cosa era posible gracias a la amplia legitimación y a la paralela extensión del objeto posible del control.⁶³

Entre los contemporáneos de Reyes, Pérez Serrano⁶⁴ resalta cómo el amparo va de España a América y regresa a la madre patria. Explica también el proceso de elaboración del modelo,⁶⁵ como hace Jiménez de Asúa.⁶⁶ El más crítico es Alcalá Zamora que, además de apuntar su escasa eficacia, señalaba que era perfectamente sustituible por los progresos que iba evidenciando el recurso contencioso-administrativo en la estela del Consejo de Estado francés.⁶⁷

Entre los autores modernos hay casi unanimidad en considerar la notable influencia ejercida por la experiencia mexicana, difundida por Reyes, en la configuración del amparo español. Así lo reconocen Luis Sánchez Agesta,⁶⁸ Juan José González Rivas,⁶⁹ Oliver Araujo,⁷⁰ José Luis Cascajo y Vicente Jimeno Sendra⁷¹ o José Luis García Ruiz.⁷² Villabona⁷³ conecta por su parte los artículos 103 y 107 de la Constitución mexicana con los artículos 105 y 121 de la Constitución española. Mientras que Ruiz Lapeña⁷⁴ analiza con detenimiento la conexión mexicana y recuerda la intervención de Fernando de los Ríos proponiendo la introducción del artículo 105 constitucional.⁷⁵ El único autor escéptico con el influjo mexicano es Pérez Temps⁷⁶ para quien la recepción es puramente terminológica.

⁶³ *Ibidem*, p. 88.

⁶⁴ *La constitución española...*, *cit.*, p. 305.

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 325 y ss.

⁶⁶ *Proceso...*, *cit.*, pp. 443 y ss. y 472 y ss.

⁶⁷ *Los defectos...*, *cit.*, p. 44. También se muestra crítico en “Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales”, en *Ensayos de Derecho procesal, civil, penal y constitucional*, Buenos Aires, 1944, pp. 527 y ss.

⁶⁸ Que señala la decisiva influencia del amparo mexicano en el amparo español, *Sistema Político de la Constitución española de 1978*, Editora Nacional, 1980, p. 382.

⁶⁹ Para quien el amparo español “se inspiró directamente” en el mexicano, *La justicia constitucional: derecho comparado y Español*, Madrid, Edersa, 1985, p. 104.

⁷⁰ *El recurso de amparo*, Palma de Mallorca, Colección Estado y Derecho, 1986, pp. 49 y ss. Así como en *El sistema...*, *cit.*, p. 234.

⁷¹ *El recurso de amparo*, Madrid, Tecnos, 1985, pp. 61 y 62.

⁷² *El recurso de amparo*, Madrid, Editora Nacional, p. 40.

⁷³ “La Constitución mexicana...”, *cit.*, p. 205.

⁷⁴ *Op. cit.*, p. 71.

⁷⁵ Diario de Sesiones, núm. 77, de 19 de noviembre de 1931, p. 2488.

⁷⁶ “El sistema español de protección de los derechos fundamentales y la práctica del

Era lógico que Fix-Zamudio resaltara⁷⁷ lo que tantos consideraban obvio: que el amparo mexicano influyó considerablemente en el amparo español. Fix-Zamudio, por lo demás, subraya que también el amparo español actual hereda aquella influencia.⁷⁸ Y aunque no lo contemple expresamente contra leyes, la lógica de las cosas ha acabado conduciendo, en la regulación actual del amparo español, al amparo contra leyes, sólo que reconducido al control concentrado de constitucionalidad por la vía de la cuestión interna de inconstitucionalidad e incluso mediante la cuestión de inconstitucionalidad general. Esta salida demuestra, y la experiencia mexicana es muy relevante, que la tutela de los derechos fundamentales puede en potencia convertirse en protección frente a la ley.

En definitiva hay casi unanimidad entre los autores de la época y posteriores acerca de la gran influencia que el amparo mexicano ejerció sobre el Constituyente de 1931 y sobre la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales. El hecho de que se empleara en el proceso constituyente español el término “amparo” es en sí mismo muy significativo.

El asunto religioso

Es bien conocido que la tradicional Monarquía hispánica reposaba en la estrecha alianza entre el trono y el altar. No en balde a la cabeza de esa Monarquía estaba el rey católico cuyo celo en la defensa del catolicismo se hizo proverbial, a pesar de los conflictos que a menudo enturbiaron sus relaciones con el Papado. Pero en esto no ocurría en los dominios españoles cosa tan distinta a la que acaecía en otros territorios europeos donde lo religioso condicionaba el devenir político.

El advenimiento del liberalismo produjo la alteración de ese estado de cosas, en la medida en la que los nuevos derroteros políticos entraban en contradicción con el uniformismo religioso. En efecto, la libertad que se proclamaba reclamaba asimismo la libertad de opinión

Tribunal constitucional (el recurso de amparo)”, en *Anuario de Derechos Humanos*, UCM, 1982, p. 430.

⁷⁷ “El derecho de amparo...”, *cit.*, p. 245.

⁷⁸ *Ibidem*, pp. 252 y ss.

y con ella su premisa, la libertad de conciencia. Y como demostró la experiencia de las colonias inglesas en América, la libertad religiosa se amigaba con la libertad política.

La Iglesia católica fue desde el principio beligerante contra las pretensiones que de tales ideas derivaban. Era lógico que la Iglesia defendiera desde su concepción del mundo la hegemonía que había ostentado en las organizaciones políticas reinantes y era lógico también que las nuevas ideas se enfrentasen a ella. La Revolución francesa es un ejemplo de cómo el triunfo revolucionario liberal implicó una limitación drástica del poder eclesial y alumbró el Estado laico; la libertad religiosa conllevaba la traslación del vínculo nacional a la condición de ciudadano, quedando las ideas religiosas en el ámbito de la conciencia. Las reticencias eclesiásticas provocaban las consabidas reacciones anticlericales y condujeron al postrero triunfo del Estado laico.

En contraste, la experiencia constitucional española presenta la anomalía de que se intente cohonestar la confesionalidad del Estado con la libertad de expresión que implica libertad ideológica. El ejemplo de lo primero es la Constitución de 1812 cuyo artículo 12 proclama la confesionalidad católica y la prohibición de cualquier otra religión, al tiempo que su artículo 371 reconoce la libertad de imprenta que implica la libertad ideológica. Los conflictos se acumularon durante la vigencia de aquella Constitución pues no era fácil deslindar el campo de lo religioso del amplísimo de todo tipo de ideas, más aun cuando la ortodoxia católica se extendía a las más variadas materias.

Esa conflictiva relación entre Iglesia católica y Estado liberal se manifiesta también en la experiencia constitucional mexicana y alcanza, como en España, tintes muy conflictivos como sucede en la guerra de los cristeros. No es de extrañar por tanto que el triunfo revolucionario acabará plasmando, en la carta de 1917, una enérgica defensa de la laicidad más beligerante para imponer la absoluta supremacía del Estado sobre la Iglesia a la que se negaba toda influencia en la vida política.

La experiencia mexicana tuvo que ser tenida muy en cuenta por los constituyentes españoles de 1931 que recogen en este punto varios elementos mexicanos y desde luego el clima más bien beligerante contra la Iglesia. Basta hacer la comparación entre los preceptos de la

Constitución mexicana y los correlativos españoles para comprobar su sintonía, no sólo de propósito sino también formal.

En general los autores de la época republicana que advierten el paralelismo lo hacen en tono más bien crítico. Posada es el más comedido.⁷⁹ García Oviedo mucho más punzante⁸⁰ y la crítica más amarga y directa es la de Alcalá Zamora, primer presidente de la República y conocido católico que conecta, como García Oviedo, la deriva española con la mexicana; escribe “Algo mucho más hondo y más peligroso se copió de Méjico: el encono en la lucha religiosa; el deseo de convertirla en guerra civil crónica”.⁸¹ Alcalá Zamora enlaza sin ambages los excesos españoles con la experiencia mexicana y presenta un panorama de persecución religiosa. No extraña, pues, que el alzamiento contra la República la presentase la Iglesia como una “cruzada”.

De todos estos llamamientos pronunciados por republicanos españoles se hace eco Franco Pierandrei en su análisis de la Constitución de 1931 que publica en 1946⁸² en el marco de la elaboración de la Constitución italiana.

El componente anticlerical de la Revolución de 1931 es bien conocido y constituiría una reacción contra la Iglesia católica que había colaborado estrechamente con el régimen depuesto; ello a pesar de que entre los revolucionarios había un notable grupo de católicos encabezados por Alcalá Zamora, que expresaron su desacuerdo con los tintes anticatólicos que el texto constitucional iba adquiriendo durante su elaboración, y aún más con ciertos acontecimientos, como la quema de Iglesias, que por aquel entonces tuvieron lugar.

Si analizamos los preceptos españoles relativos a la religión y, en relación con ella, la enseñanza, advertimos su sintonía con los preceptos paralelos de la Constitución mexicana de 1917. Si entramos en el detalle encontramos obvias similitudes entre el texto mexicano y el republicano español.⁸³ Aunque no hay en la carta mexicana una proclamación solemne de la aconfesionalidad del Estado (como en los

⁷⁹ *La nouvelle...., cit.*, p. 97.

⁸⁰ “La nuova costituzione spagnola”, en *Rivista di diritto pubblico*, 1932, p. 220.

⁸¹ *Los defectos...., cit.*, pp. 44 y 45.

⁸² *La costituzione spagnola del 9 dicembre 1931*, Firenze, Sansoni Editore, 1946, p. 47.

⁸³ *Cfr.* Villabona, *op. cit.*, pp. 201 y 202, y García Expósito, *op. cit.*, pp. 711, 715 y 716.

artículos 3o. de la Constitución de 1931 y 137 de la de Weimar), la española comparte con la mexicana esa beligerancia contra la Iglesia católica apuntada y que no se advierte contra las distintas confesiones en la Constitución de Weimar. La mexicana llega incluso a prohibir las órdenes religiosas (artículo 5o.), mientras que la de 1931 se limita a endurecer su régimen jurídico y se contenta con disolver la Compañía de Jesús, abriendo la puerta, empero, a la disolución de cualquier otra cuyas “actividades constituyeran un peligro para la seguridad del Estado” (artículo 26).

A diferencia de la Constitución de Weimar que aplica a las iglesias el estatus de corporaciones de derecho público (artículo 137), las Constituciones española y mexicana las reconocen como asociaciones (artículo 26 II, de la mexicana y artículo 26 de la carta de 1931). Asimismo, las dos Constituciones hispanas limitan las posibilidades de hacer de estas asociaciones que no podían, en el caso mexicano, poseer bienes raíces ni capitales impuestos sobre ellos e incluso eran privados de sus templos que se nacionalizaban (artículo 27, II). La carta de 1931 (artículo 26) limitaba a las órdenes religiosas la posesión de bienes que sólo podían ser los destinados a vivienda privada y a sus fines privativos; además les prohibía el ejercicio de toda industria, comercio o la enseñanza. Y respecto a la enseñanza, también la carta mexicana prohibía a las corporaciones religiosas la enseñanza primaria (artículo 3).

Por último es llamativa la limitación —completa en el caso mexicano (artículo 24) — y muy intensa en el caso español (artículo 27)- del culto público fuera de los templos que, en el caso español debía ser autorizado por la autoridad gubernativa.

Ordenamientos jurídicos tan beligerantes como los analizados generaron resistencias, pero mientras que en México el régimen instaurado por la Constitución de 1917 tuvo fuerza suficiente para imponerse, en España la reacción contra los excesos del laicismo acabó triunfando y recuperando la confesionalidad tradicional durante el franquismo.

Pertenece a otro género literario conjeturar si hubiera sido otro el destino de la Segunda República española si, como afirma Alcalá Zamora, ese “defecto” de la Constitución de 1931, el anticlericalismo, no se hubiera producido o hubiera sido minimizado.

CONCLUSIÓN

Felizmente, en la actualidad son muchas las influencias recíprocas que, en el terreno jurídico, se producen entre México y España. En esta última el amparo judicial y el constitucional son elementos fundamentales de defensa de la libertad, así que aquella intensa influencia mexicana sobre la carta española de 1931 no fue en balde cuando reverdece en 1978. La vigente Ley Orgánica del Tribunal Constitucional recoge varias de las enseñanzas ya entrevistadas por Reyes y desde luego muchas de las sugeridas por Fix-Zamudio.⁸⁴

Del mismo modo, el intento de conformación española del Estado social y democrático de derecho, en la estela mexicana de 1917, llegó también a la Constitución de 1978. El principio social y sus múltiples manifestaciones, plasmadas en la Constitución de Querétaro, se manifiestan en el constitucionalismo español de 1978.

Y en lo que atañe a la cuestión religiosa, felizmente tanto en México como en España parecen haberse encontrado vías para canalizar los naturales conflictos sin la virulencia que antaño alcanzaron, aunque con diferente desenlace en un país y en otro.

Por lo demás, son tan intensas las relaciones doctrinales entre mexicanos y españoles que todo augura la continuidad de esta mutua y fructífera influencia.



⁸⁴ “El derecho de amparo...”, *cit.*, pp. 258 y ss.

DA CONSTITUIÇÃO MEXICANA DE 1917 À ORDEM CONSTITUCIONAL DE MACAU: INFLUÊNCIA OU INDIFERENÇA?

Paulo Cardinal¹

La Constitución mexicana de 1917 marcó un hito en la historia del constitucionalismo mundial por ser un modelo en donde los derechos sociales fueron contemplados por primera vez

CARLOS M. PELAYO MOLLER/LUIS R. GUERRERO GALVÁN, *100 Años de la Constitución Mexicana: de las Garantías Individuales a los Derechos Humanos, Presentación*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2016

INTRODUÇÃO

Alguns textos legais², por variadas razões – contextos políticos, geográficos - mas normalmente denotando um elemento de

¹ Pós Graduado em Direito, Faculdade de Direito de Macau, Doutorando em Direito, Faculdade de Direito de Coimbra, Assessor Coordenador da Assembleia Legislativa de Macau. As opiniões expressas neste texto são emitidas a título pessoal e não correspondem a possíveis opiniões da entidade à qual o autor se acha ligado profissionalmente.

² Ou, acrescentamos, alguns institutos jurídicos, como o *habeas corpus* ou o *ombudsman*, para lá do aqui incontornável amparo, que se projectam mais autonomamente, de *per se*, e porventura, não tanto por se acharem incluídos em dado código ou constituição. Poderíamos ainda aqui lembrar a tendência relativamente recente da chamada internacionalização do direito constitucional como factor de circulação de modelos, cfr., por exemplo, Wen-Chen Chang/Jiun-Rong Yeh, *Internationalization of Constitutional Law*, em, The Oxford Handbook of Comparative Constitutional

novidade, de um abrir de novas vias, de novas soluções, de estabelecimento de novos paradigmas, transformam-se em documentos de referência que ultrapassam as suas fronteiras, e o seu tempo, e projectam-se para outras latitudes e para outros tempos. Assumem uma função de motor de alterações normativas noutros arcópagos. Ou seja, transcendem o ordenamento jurídico onde nasceram. Afirmam-se como laboratórios jurídicos: civis, constitucionais, etc..

O caso do BGB alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch*), ou o *Code Napoléon* (*Code civil des Français*), ainda a Constituição de Bona, afirmam-se a um nível mais transversal, sendo que outros casos, por exemplo o da Constituição Portuguesa de 1976, denotando-se embora fortes influências em outros ordenamentos jurídicos estrangeiros, pautam-se por uma irradiação mais contida, com mais fronteiras, ora de nível geográfico ora de cultura histórico-jurídica, aqui se incluindo nomeadamente a língua. No caso da Constituição Portuguesa denota-se o seu impacto junto de vários Estados de língua oficial Portuguesa, em maior ou menor medida, como Cabo Verde, Timor-Leste, São Tomé e Príncipe, Angola, entre outros³.

Law, Michel Rosenfeld/András Sajó, eds, Oxford University Press, 2012, páginas 1165 e seguintes, Héctor Fix-Zamudio, *La creciente internacionalización de las Constituciones iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos humanos*, em *La Justicia Constitucional y Su Internacionalización. ¿Hacia Un Ius Cosntitucionale Commune en América Latina?*, T. II, Armin von Bogdandy/ Eduardo Ferrer Mac-Gregor/ Mariela Morales Antoniazzi, coords., UNAM, 2010, páginas 583 e seguintes. Um outro factor não despreciando de arranque de circulação de modelos, de importação de institutos jurídicos, de soluções concretas, que gostaríamos de referenciar (ainda que necessariamente sem densificar) é o do papel de alguns académicos, vultos do Direito que, pela sua valia, pela sua investigação, pelo seu prestígio, pelo seu reconhecimento internacional, pelo exercício de funções de alto relevo, nomeadamente internacionais, pela sua magna influência científica, acabam por se transformar em motores de conhecimento, análise e importação ou exportação de determinados institutos ou soluções que se concretizam nos ordenamentos jurídicos. Pense-se em Hans Kelsen e a revolução que dos seus ensinamentos surgiu ou, é mister dizer, pense-se em Héctor Fix-Zamudio e na enorme influência exercida intramuros e, posteriormente, fora de portas; veja-se, por exemplo, e de forma bem ilustrada, as referências ao contributo de Fix-Zamudio em Diego Valadés, *Prefacio*, em *Estudio de la defensa de la Constitución en el Ordenamiento Mexicano*, Porrúa, México, 2005, páginas XXXVIII e seguintes.

³ Ver, por exemplo, Jorge Bacelar Gouveia, *Macau no Direito Constitucional de Língua Portuguesa*, 3.ªs Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa da RAEM, Sentido e Importância do Direito Comparado no âmbito do Princípio «Um

O caso da Constituição Mexicana de 1917 enfileira naquele primeiro grupo, ou seja, a afirmação fora de portas a um nível mais transversal, mais globalizado.

Uma palavra de precaução: o que vem dito não pode ser entendido, naturalmente, que aqueles documentos legais de referência, motores de circulação de modelos hajam de ser cegamente e acriticamente importados e *in totto*. Não é disso que se trata. Não falamos aqui de uma mera transposição, por exemplo, a título de poder colonial onde um código ou uma constituição é mandada aplicar na colônia, domínio ou território subordinada a um poder soberano central⁴.

Por outro lado, o exercício que nos é proposto, neste nosso tema mas também, crê-se, na obra geral onde este estudo se inserirá, envia-nos para o campo do direito comparado ou comparação de Direitos em geral e, particularmente, para o direito constitucional comparado⁵.

País, Dois Sistemas», Leonel Alves/Tong Io Cheng/Paulo Cardinal, coordenadores, Macau, 2016, «*Quer isto tudo dizer que são inequívocos os elementos de continuidade e de aproximação dos sistemas constitucionais de língua portuguesa em relação ao Direito Constitucional Português. Mas também são notórios os elementos de distanciação e até de adulteração em relação a esse modelo, o que se compreende em razão de um contexto cultural com as suas características próprias. A conclusão, por isso, deve ser cuidadosa, embora ainda assim se possa reconhecer a existência de um Constitucionalismo Língua Portuguesa, nos quais avultam traços de contínua e sólida aproximação (traços centrípetos), ao mesmo tempo que se registam caminhos de divergência (traços centrífugos).*», página 59. Quanto a uma panorâmica de uma *primeira vaga* ou *primeiro ciclo* de influência dos modelos das constituições das potências coloniais, Giuseppe de Vergottini, *Derecho Constitucional Comparado*, UNAM, México, 2004, páginas 771 e seguintes.

⁴ O que não invalida, naturalmente, que em Estados hoje independentes se verifique a vigência de códigos civis, penais, etc., profundamente próximos do da outrora potência colonial porquanto, na sua génese, esteve, precisamente, um acto de exercício de poderes coloniais sendo que a dinâmica do Direito, da política, da sociedade pode inculcar uma auto apropriação (não uma hétero-imposição) de determinado código e, destarte, procurar garantir, desde logo, a inexistência de enormes lacunas no sistema. Normalmente, esta autónoma assunção de continuidade constrói-se recorrendo a cláusulas gerais de não aceitação de desconformidades com a lei fundamental e de aplicação, se necessárias, com adaptações. Veja-se, por exemplo, Yash Ghai, *Hong Kong's New Constitutional Order*, HKUP, 1997, página 336, Paulo Cardinal, *Fundamental rights in Macau: From Territory under Portuguese Administration to Special Administrative Region of the PRC*, em *Studies on Macau civil, commercial, constitutional and criminal law*, Jorge Godinho (editor), Lexisnexis, 2010, páginas 17 e 18.

⁵ Sobre esta temática e suas funções e modelos, entre outros pontos de interesse, Giuseppe de Vergottini, *Derecho Constitucional Comparado*, UNAM, México, 2004, Héctor Fix-Zamudio/Salvador Valencia Carmona *Derecho Constitucional Mexicano Y*

Um campo deveras importante ainda que, por vezes, olvidado ou menorizado.

Ora, como afiança Jorge Godinho, «*Na era da globalização não se poderá legitimamente duvidar da considerável importância prática e da efectiva necessidade da comparação de direitos.*». Mais explicando que, «*Acima de tudo, a comparação de direitos contribui para uma missão formativa crítica paralela à da História do Direito, cujo interesse, nas palavras de António Manuel Hespanha consiste em «problematizar o pressuposto implícito e acrítico das disciplinas dogmáticas, ou seja, o de que o direito dos nossos dias é o racional, o necessário, o definitivo»⁶. Importa constantemente questionar conceitos e construções existentes, por muito adquiridas e consolidadas que sejam; o «vento fresco» da análise comparada é de grande interesse para este efeito.*»⁷.

Acrescentaríamos ainda que, ademais, o direito comparado e o seu enlace com a história do Direito permite-nos lograr alcançar as raízes de dado instituto, as razões da sua eventual importação e, desta forma, a sua melhor compreensão. Registe-se, também, que Héctor Fix-Zamudio salienta a similitude formativa entre o direito comparado, a história, a filosofia e a lógica.⁸

Finalmente, em sede de introdução, é mister anunciar ao que vimos, isto é, ao que se propõe a investigação vertida neste estudo. O tema proposto, neste tandem *México Y La Constitución De 1917. Influencia Extranjera Y Trascendencia Internacional (Derecho Comparado)*, ou seja, a influência da Constituição Mexicana de 1917 no moderno cons-

Comparado, Porrúa, México, 2005, Michel Rosenfeld/András Sajó, eds., *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, 2012, em especial a sua Part I, History, Methodology, and Typology, e Part IX, Trends.

⁶ «António Manuel Hespanha, *Cultura jurídica europeia. Síntese de um milénio*, 3.^a ed., Publicações Europa-América, Mem Martins, 2003, p. 15 (itálicos no original)». Nota no original.

⁷ *Uma soberania, dois sistemas sociais, três tradições jurídicas: o sistema jurídico de Macau e a família romano-germânica*, 3.^{as} Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa da RAEM, Sentido e Importância do Direito Comparado no âmbito do Princípio «Um País, Dois Sistemas», Leonel Alves/Tong Io Cheng/Paulo Cardinal, coordenadores, páginas 105 e 106.

⁸ *Tendencias actuales del derecho comparado*, em José María Serna de la Garza (coord.), Metodología del derecho comparado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, UNAM, México, 2005, página 26.

titucionalismo de Macau, afigura-se deveras complexo, difícil, original, desancorado e, *prima facie* (que não a final), estéril.

Imporá a precisão e contextualização de conceitos, dados e instituições. Necessitará de uma exposição histórica, ainda que em súpula, da singular questão de Macau, quer no direito internacional, quer no direito interno em sentido lato, da China continental e de Macau⁹, e anteriormente, de Portugal¹⁰ e de Macau¹¹, da explicitação do seu estatuto, da demanda, defesa e identificação do seu direito constitucional ou bloco de constitucionalidade ou ordem constitucional. Adiantamos desde já que defendemos a existência de uma ordem constitucional própria *multicomposta* (Lei Básica, Constituição da China, Declaração Conjunta Luso-Chinesa) e *multilevel*, e que entendemos a Lei Básica (um dos pilares daquela ordem constitucional) como uma constituição *lato sensu* ou/e uma constituição funcional.

Identificados os dois pólos maiores de exportação da Constituição Mexicana de 1917, os *direitos sociais* e o *amparo de direitos fundamentais*, então procuraremos descortinar a presença daqueles dois blocos no Direito de Macau, particularmente no patamar constitucional, sem olvidar, no entanto, a possível presença de fontes normativas internacionais e de legislação doméstica ordinária.

O título deste estudo já prenuncia, *rectius*, pretende encapsular a tríade de possíveis respostas: a) influência da Constituição Mexicana na Constituição de Macau, ou seja, constatação segura e directa e imediata da influência daquela nesta; b) indiferença desta, isto é, inexistência de qualquer grau de influência da *Constituição de Querétaro*; ou, c) o lograr achar de uma possível raiz, ainda que remota, translúcida, escondida sob o véu da bruma dos tempos e das várias etapas que se vão sucedendo de circulação e importação e reexportação de institutos.

⁹ Enquanto Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China. Após 20 de Dezembro de 1999.

¹⁰ O que significará a indagação de uma influência da Constituição Mexicana na Constituição Portuguesa de 1976, nos termos que *supra* se explanarão.

¹¹ Enquanto Território sob Administração Portuguesa. Até 19 de Dezembro de 1999.

A CONSTITUIÇÃO MEXICANA DE 1917 E O DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO – DIREITOS SOCIAIS E AMPARO

É consabida, e reconhecida, a enorme importância da Constituição Mexicana de 1917, também apelidada de *Constituição de Querétaro*¹², no âmbito do direito constitucional comparado. Quer pela novidade e pioneirismo no domínio dos direitos sociais, quer pelo reforço e pólo de vivificação do instituto do amparo de direitos fundamentais. Duas temáticas nobres, duas *instituições* de reforço de afirmação da dignidade humana, duas opções de um Direito constitucional *jus personae*, dois sustentáculos de protecção das pessoas *vis-à-vis* o Estado e outras instituições de poder, dois elementos de construção do *status* jurídico-constitucional do indivíduo¹³.

Ou seja, este texto constitucional é um marco na história moderna do constitucionalismo e é incontornável no estudo do direito constitucional comparado, quer macro, quer micro, na investigação sobre a denominada circulação de modelos, na busca de denominadores comuns

¹² A sua designação oficial é: *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma la del 5 de febrero de 1857*, e publicada no *Diario Oficial de la Federación* (DOF) a 5 de Fevereiro de 1917. Esta Constituição foi sofrendo, naturalmente, diversas revisões ou *reformas*, a mais recente das quais publicada no DOF a 27-01-2016. O seu texto actualmente vigente e com a indicação das reformas, ou sua ausência, relativas a cada preceito, pode ser consultado em <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/hm/1.htm>.

¹³ Como afirma, relativamente aos direitos sociais, Alfonso Noriega Cantú, *Los derechos sociales creación de la Revolución de 1910 y la Constitución de 1917*, UNAM, 1988, página 69. Ou, como se escreveu, «A Carta Política mexicana de 1917 foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos (arts. 5º e 123). A importância desse precedente histórico deve ser salientada, pois na Europa a consciência de que os direitos humanos têm também uma dimensão social só veio a se firmar após a grande guerra de 1914-1918, que encerrou de fato o “longo século XIX”. A Constituição de Weimar, em 1919, trilhou a mesma via da Carta mexicana, e todas as convenções aprovadas pela então recém-criada Organização Internacional do Trabalho, na Conferência de Washington do mesmo ano de 1919, regularam matérias que já constavam da Constituição mexicana: a limitação da jornada de trabalho, o desemprego, a proteção da maternidade, a idade mínima de admissão nos trabalhos industriais e o trabalho noturno dos menores na indústria.», Fábio K. Comparato, *A Constituição Mexicana de 1917*, disponível em <http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm>.

de um direito constitucional moderno e democrático. Muito particularmente nos domínios do chamado constitucionalismo social¹⁴ (ou de bem estar, *welfare*, sobretudo nos Direitos de matriz anglo-saxónica). Não está sozinha esta Constituição neste rasgar de novas avenidas e ultrapassagem do paradigma do Estado liberal, ou de revivificar e animar institutos preteritamente criados (como o amparo) mas encontra-se, seguramente, na linha da frente, quer no pioneirismo, quer no relevo de consagração e exportação.

Vejamos então, *brevitatis causa*, dois exemplos referentes, cada um deles, aos *direitos sociais* e ao *amparo*.

Como escrevem Héctor Fix-Zamudio e Salvador Valencia Carmo-
na, referindo-se ao constitucionalismo social: «*Este constitucionalismo tiene su origen en las transformaciones contemporáneas del Estado*» e, perguntam adiante, «*Cómo han asimilado las Constituciones esta perspectiva social que se ha venido comentando? Un grupo de Constituciones pioneras inicia el constitucionalismo social. La Constitución mexicana de 1917 fue la primera en incorporarse a este movimiento, a través de sus artículos 3, 27, 28, 123¹⁵ y 130. Le siguieron la Constitución rusa de 1918 y la de Weimar de 1919. A partir de ellas, se abrió paso definitivamente al constitucionalismo social en muchas leyes fundamentales.*»¹⁶.

Vale a pena ainda aqui trazer umas palavras mais de empréstimo, como forma de sublinhar o relevo desta questão, afirmando-se

¹⁴ Para uma síntese histórica e contextualização desta novel criação na Constituição mexicana de 1917 ver, entre tantos outros, JORGE CARPIZO, *La Constitución mexicana de 1917*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982, María García Expósito, *La Influencia De Los Derechos Sociales De La Constitución Mexicana De 1917 En La Constitución Española de 1931*, 1993, disponível em <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3447/40.pdf>.

¹⁵ Sobre este artigo já se disse ser um preceito extensíssimo e estabelecedor de um minucioso sistema de garantias laborais, Antonio Colomer Viadel/José López González, *Programa ideológico y eficacia jurídica de los derechos sociales. El caso de Portugal en el derecho comparado*, em *Perspectivas Constitucionais*, vol. III, 1998, página 312.

¹⁶ *Derecho Constitucional Mexicano Y Comparado*, Porrúa, México, 2005, páginas 549 e 551 e 552, respectivamente. Reflectindo sobre uma específica *geografía jurídica* e sublinhando a importância actual desta temática, veja-se, *Presentación. Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, em *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales*, Armin von Bogdandy/Héctor Fix-Fierro/Mariela Morales Antoniazzi/Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Coordinadores, UNAM, 2011, páginas XI e seguintes.

a «importância histórica da Constituição do México de 1917 enquanto pioneira na consagração dos direitos sociais com o status de direitos fundamentais. (...) e o ineditismo das suas disposições acerca das questões trabalhista»¹⁷. Isto é, a matéria dos direitos sociais, hoje tão comum e normal¹⁸, detém uma ligação de filiação à *Constituição de Querétaro*, texto legal onde, pela primeira vez, obtêm assento.

Quanto à outra ordem de influência e projecção externa da Constituição mexicana anteriormente mencionada, isto é, o amparo¹⁹, podemos reproduzir as seguintes palavras: «Como el maestro Fiz-Zamudio ha demostrado, el juicio de amparo es una institución nacida en México cuya fuerza expansiva sigue avanzando.»²⁰. E, mais, podemos acrescentar, com palavras de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, «El proceso de amparo, como institución procesal constitucional, es un fenómeno globalizado» e, adiante, «Para comprender la evolución histórica del amparo en Iberoamérica, es necesario apreciar la manera en que el juicio de

¹⁷ Henrique N. Alves, *Considerações acerca da importância histórica da Constituição do México de 1917*, JusNavigandi, 2007, disponível em <https://jus.com.br/artigos/9324/consideracoes-acerca-da-importancia-historica-da-constituicao-do-mexico-de-1917>.

¹⁸ Como afirma um autor, setenta e cinco anos de vigência (então) da Constituição Mexicana de 1917 permitem comprovar o acerto dos seus criadores quanto, nomeadamente, à introdução de garantias sociais no seu texto ao lado das tradicionais garantias individuais, Santiago Barajas Montes De Oca, *Las garantías sociales*, em, Estudios Jurídicos en torno a la Constitución mexicana de 1917 en su septuagésimo quinto aniversario, UNAM, 1992, página 19; veja-se também Jorge Sayeg Helú, *El Constitucionalismo Social Mexicano. La Integración Constitucional De México (1808-1986)*, T. 2, 1987, página 319, falando em motivo de orgulho e em conciliante simultaneidade desta constituição original e paralela de direitos sociais e direitos individuais.

¹⁹ Quanto à origem histórica do amparo, como escrevêramos, em jeito de síntese, «The origin of the Amparo is generally considered to be nineteenth century Mexico. It emerged first in 1841 in the state constitution of Yucatan, and later in the federal constitution by virtue of the Reforming Act of 1847. It was further established in the 1857 Constitution, and finally solidified in the 1917 Constitution laying down the structural basis of Amparo in its articles 103 and 107. Mexico directly or indirectly influenced other Latin American countries in several phases.», Paulo Cardinal, *The Writ of Amparo: A New Lighthouse for the Rule of Law in the Philippines?*, Philippine Law Journal, vol. 87, 2013, página 241, com doutrina aí citada. Para maiores desenvolvimentos, Héctor Fix-Zamudio, *Estudio de la defensa de la Constitución en el Ordenamiento Mexicano*, Porrúa, México, 2005, páginas 257 e seguintes.

²⁰ Diego Valadés, *Exordio*, página XII, em *El Derecho de Amparo en el Mundo*, Héctor Fix-Zamudio/Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Porrúa, México, 2006.

amparo mexicano se ha desarrollado, ya que influyó en todos los países del subcontinente y en España.»²¹.

E podemos aduzir ainda que a projecção do instituto do amparo, independentemente do seu *nomen juris*, do seu concreto recorte processual, da delimitação do seu âmbito e da sua tempestividade de uso (por reacção apenas ou também por antecipação), vai-se globalizando (também por acção do correspondente instituto germânico) e vai penetrando em outros continentes e mesmo em ordenamentos jurídicos situados fora da esfera da dita família jurídica romano-germânica. Com efeito, o instituto do amparo (naquele sentido lato) já conhece os continentes africano e asiático, já se instalou em sistemas jurídicos mistos, como as Filipinas, expande-se na Europa central e de leste²².

Como afirmamos já: «*Contrary to traditional popular belief, Amparo has become an irradiating hope in new corners of the world. It is no longer confined to the realms of Latin America and a few European States. This previous geopolitical confinement (and criticism in order to play down efforts to its consecration in other legal orders) is no longer a reality. On the contrary, Amparo mechanisms— whether with this christened name proper or not— are becoming solidly established in virtually all Latin America, in many European countries, in some African States and it is continuing discovering its way to Asia, namely to Macau, South Korea, and most recently to the Philippines.*»²³.

E mais poderíamos acrescentar que o facto incontestado, mesmo tendo em conta que várias das soluções deste instituto mexicano como o *amparo agrário*, não foram adoptadas no exterior, o incontestado facto é que «*the Mexican Amparo remains the most commonly referred to proceeding outside Latin America*»²⁴.

²¹ Breves notas sobre el amparo iberoamericano (desde el derecho procesal constitucional comparado), em El Derecho de Amparo en el Mundo, Héctor Fix-Zamudio/Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Porrúa, México, 2006, páginas 12 e 14, respectivamente.

²² Veja-se, por todos, El Derecho de Amparo en el Mundo, Héctor Fix-Zamudio/Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Porrúa, México, 2006, Paulo Cardinal, *The Writ of Amparo: A New Lighthouse for the Rule Of Law in the Philippines?*, Philippine Law Journal, vol. 87, 2013, páginas 229 e seguintes.

²³ Paulo Cardinal, *The Writ of Amparo: A New Lighthouse for the Rule Of Law in the Philippines?*, Philippine Law Journal, vol. 87, 2013, página 230.

²⁴ Allan Brewer-Carías, *The Latin American Amparo Proceeding and the Writ of Amparo in the Philippines*, City University Law Review, 73, 2009, página 79. Por exemplo,

No que respeita à importância deste instituto do amparo, recorremos às sábias palavras de Héctor Fix-Zamudio, podemos afirmar, sem exagero, que o direito de amparo, nas suas diversas modalidades e denominações, constitui um contributo ao direito processual dos direitos humanos, da mesma transcendência que o *habeas corpus*, a criação de tribunais constitucionais e o *ombudsman*²⁵.

Em suma:

a) Esta Constituição mexicana de 1917 é pioneira na consagração de direitos sociais, inaugurando, pois, o constitucionalismo social e assim se tornando num *acquis* jurídico-político universal em sede de direitos sociais.

b) Esta Constituição mexicana de 1917 não é inteiramente pioneira mas estabelece e densifica o amparo e catapulta este para fora de fronteiras e consubstancia-se como um dos polos de influência crescente deste instituto e um dos pilares da sua progressiva globalização.

A CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA E A ORDEM CONSTITUCIONAL DE MACAU ATÉ 1999

Nas últimas décadas do século passado a ordem constitucional de Macau assentava num binómio: o Estatuto Orgânico de Macau, lei constitucional (anterior à Constituição²⁶) e a Constituição Portuguesa de 1976, *rectius*, parcelas desta constituição.

Com excepção, naturalmente, das regras que, de forma expressa, regulam questões de Macau, como, por exemplo, os artigos 292.^o²⁷, 164.^o, alínea c) e 137.^o, alínea i). De outra banda, preceitos do

no caso mais recente de criação de amparo que conhecemos, Filipinas, *Phil. Sup. Ct., A.M. No. 07-9-12-SC (2007), Rule on the Writ of Amparo*, o amparo mexicano serviu, assumidamente, de fonte de inspiração e de propagação deste ideal. Vide JOAQUIN BERNAS, *Sounding Board: The Mexican Amparo*, *Phil. Daily Inquirer*, Sept. 3, 2007.

²⁵ *Amparo y Tutela*, em *Ensayos Sobre el Derecho de Amparo*, Porrúa, UNAM, 2003, página 696.

²⁶ Lei n.º 1/76, de 17 de Fevereiro.

²⁷ Que vale a pena recordar: «Artigo 292.º (Estatuto de Macau) 1. O território de Macau, enquanto se mantiver sob administração portuguesa, rege-se por estatuto adequado à sua situação especial, cuja aprovação compete à Assembleia da República, cabendo ao Presidente da República praticar os actos neste previstos. 2. O estatuto do território de Macau, constante da Lei n.º 1/76, de 17 de Fevereiro, continua em vigor, com as alterações que lhe

EOM que reclamam a aplicação da Constituição Portuguesa: artigo 2.º, artigo 41.º, n.º 1, artigo 16.º, n.º 1, artigo 30.º, n.º 1, alínea a). Como avisam Gomes Canotilho e Vital Moreira, «*Para começar, há que ter em conta o lugar de Macau na ordem constitucional portuguesa.*» e, «*Desde o texto originário da CRP que nunca houve dúvidas quanto ao facto de que Macau não faz parte integrante de Portugal.*»²⁸.

O Estatuto Orgânico²⁹, como a própria designação indica, dedicava-se a questões de índole orgânica, isto é, estabelecia o sistema político, definia os órgãos próprios de Macau, suas competências, competências de órgãos de soberania relativamente a Macau, suas relações internas e também com órgãos de soberania de Portugal, estabelecia os serviços administrativos locais e o funcionamento geral do Território, nomeadamente quanto à sua política financeira, administrativa, aos mecanismos de fiscalização de constitucionalidade, e traçava os elementos essenciais da sua autonomia do seguinte modo, no seu artigo 2.º: «*O território de Macau constitui uma pessoa colectiva de direito público e goza, com ressalva dos princípios e no respeito dos direitos, liberdades e garantias estabelecidos na Constituição da República e no presente Estatuto, de autonomia administrativa, económica, financeira, legislativa e judiciária.*».

foram introduzidas pela Lei n.º 53/79, de 14 de Setembro, pela Lei n.º 13/90, de 10 de Maio, e pela Lei n.º 23-A/96, de 29 de Julho. 3. Mediante proposta da Assembleia Legislativa de Macau ou do Governador de Macau, nesse caso ouvida a Assembleia Legislativa de Macau, e precedendo parecer do Conselho de Estado, a Assembleia da República pode aprovar alterações ao estatuto ou a sua substituição. 4. No caso de a proposta ser aprovada com modificações, o Presidente da República não promulgará o decreto da Assembleia da República sem a Assembleia Legislativa de Macau ou o Governador de Macau, consoante os casos, se pronunciar favoravelmente. 5. O território de Macau dispõe de organização judiciária própria, dotada de autonomia e adaptada às suas especificidades, nos termos da lei, que deverá salvaguardar o princípio da independência dos juízes.».

²⁸ «*Que a CRP não se aplica de plano a Macau, eis o que é quase uma communis opinio*», Gomes Canotilho/Vital Moreira, *A fiscalização da constitucionalidade das normas de Macau*, disponível em <http://odireito.com.mo/doutrina/pareceres/119-a-fiscalizacao-da-constitucionalidade-das-normas-de-macau.html>. Veja-se também, Jorge Miranda; *Ordem constitucional e fiscalização da constitucionalidade em Macau*, disponível em <http://odireito.com.mo/doutrina/pareceres/123-ordem-constitucional-e-fiscalizacao-da-constitucionalidade-em-macau.html>.

²⁹ Versão vigente até 19 de Dezembro de 1999, ou seja, após a s revisões operadas pela Lei n.º 53/79, de 14 de Setembro, pela Lei n.º 13/90, de 10 de Maio, e pela Lei n.º 23-A/96, <http://cedis.fd.unl.pt/wp-content/uploads/2016/01/Estatuto-Organico-Macau.pdf>.

Ou seja, o Estatuto Orgânico apresentava-se, de *per se*, essencialmente desprovido de direitos fundamentais, directa e expressamente sediados no EOM, por isso verificava-se a inexistência de normas materiais sobre direitos fundamentais³⁰ e reclamava então a aplicação nesta matéria da Constituição Portuguesa – *com ressalva dos princípios e no respeito dos direitos, liberdades e garantias estabelecidos na Constituição da República*. Onde encontrava, então, assento a vigência de uma carta de direitos fundamentais e de um regime de gozo e exercício no Território de Macau? Consabidamente, por um mecanismo de recepção expressa de parcela relevante da CRP previsto no referido artigo 2.º do EOM³¹.

Vigoravam em Macau todos os direitos fundamentais da CRP? Não. Somente os direitos, liberdades e garantias. Que direitos, liberdades e garantias? Todos. Isto é, todos aqueles sediados no Título II da Parte I da CRP, artigos 24.º a 57.º. Mas não apenas. Também direitos fundamentais constitucionais dispersos de natureza análoga e os direitos fundamentais análogos fora do texto constitucional³², por

³⁰ Havia, contudo, algumas excepções: artigo 69.º, n.º 2, direito de opção pela função pública de Macau; e artigo 16.º, n.º 1, alínea g), 2.ª parte, o direito de recurso para o Presidente da República em caso de recusa, pelo Governador, da entrada a nacionais ou estrangeiros por motivos de interesse público ou em caso de ordenar a respectiva expulsão, de acordo com as leis, quando da sua presença resultarem graves inconvenientes de ordem interna ou internacional.

³¹ Para mais desenvolvimentos, Gomes Canotilho/Vital Moreira, *A fiscalização da constitucionalidade das normas de Macau*, disponível em <http://odireito.com.mo/doutrina/pareceres/119-a-fiscalizacao-da-constitucionalidade-das-normas-de-macau.html>. Veja-se também, Jorge Miranda; *Ordem constitucional e fiscalização da constitucionalidade em Macau*, disponível em <http://odireito.com.mo/doutrina/pareceres/123-ordem-constitucional-e-fiscalizacao-da-constitucionalidade-em-macau.html>, Paulo Cardinal, *Direitos Fundamentais e Ordem Constitucional de Macau - Tópicos para uma aula no CFM*, em Estudos de Direitos Fundamentais no contexto da JusMacau – Entre a autonomia e a continuidade, CREDDM/Fundação Rui Cunha, Macau, 2015, páginas 49 e seguintes e doutrina aí citada.

³² Cfr. Artigo 16.º da CRP, «Âmbito e sentido dos direitos fundamentais, 1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem *quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional*. 2. Os *preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem*», artigo 17.º da CRP: «*Regime dos direitos, liberdades e garantias, O regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga.*». Sobre este complexo, generoso e aberto sistema, na CRP, entre tantos outros, Gomes Canoti-

outras palavras, direitos sediados em instrumentos de direito internacional e em leis ordinárias.

Ora, assim sendo é mister recortar, na Constituição Portuguesa, o leque de direitos liberdades e garantias: direitos, liberdades e garantias pessoais, direitos, liberdades e garantias de participação política e direitos, liberdade e garantias dos trabalhadores. Na Constituição, mas fora daquele conjunto, estão os direitos económicos, sociais e culturais (por exemplo, o direito ao trabalho, saúde, ensino, entre tantos outros), salvo se de natureza análoga, como é o caso inequívoco do direito de propriedade privada. Ora, *prima facie*, muitos dos direitos sociais, isto é da herança da Constituição Mexicana, estão de pleno presentes na Constituição de Portugal mas não na ordem constitucional de Macau. É, todavia, necessário aprofundar um pouco.

Voltemos então, por momentos, a nossa atenção para a Constituição Portuguesa.

Apesar de a Constituição Portuguesa de 1976 ser um texto profundamente original no plano comparado³³, a mesma revela-se, no entanto, influenciada por algumas constituições estrangeiras. Uma dessas áreas é a do constitucionalismo social. A linha directriz donde arranca o Estado Social de Direito provém da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição alemã de 1919, a dita *Constituição de Weimar*³⁴. A Constituição Portuguesa de 1976 seguiu esta linha ideológica, articulando direitos, liberdades e garantias com direitos sociais, igualdade jurídica com igualdade social, a segurança jurídica com segurança social.

lho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra Editora, 2006, páginas 364 e seguintes, Jorge Miranda/Ruimedeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, T. I, 2005, páginas 137 e seguintes, J. C. Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2009, páginas 185 e seguintes, Jorge Bacelar Gouveia, *Manual de Direito Constitucional*, II, 2011, páginas 1049 e seguintes, José Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais*, 2011, páginas 47 e seguintes.

³³ Vide, José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2015, página 199. Ou, «Esta dimensão da influência estrangeira e internacional não deve todavia ser sobrestimada, não contrariando de modo algum a natureza, em tantos aspectos, específica, original e inovadora da CRP no contexto do direito constitucional comparado», Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, vol. I, 2006, página 25.

³⁴ Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. I, Tomo I, 2014, página 108.

Assim, em concreto, consagraram-se o princípio da igualdade substancial de posição jurídica entre trabalhadores e empresários na relação contractual de trabalho, a protecção à maternidade, o salário mínimo, a igualdade salarial, o pagamento adicional de horas extras, a protecção da maternidade, o direito de greve, o direito de sindicalização, a indemnização por despedimento, higiene e segurança do trabalho, a protecção contra acidentes do trabalho, etc.³⁵.

Como afirma Germán Bidart Campos, «*La constitución de Portugal de 1976 (...) es una expresión elocuente de la democracia social, que circula fluidamente, desde el preámbulo, por todo el articulado de sus principios fundamentales, y las Partes I y II (...)*»³⁶. Ou, nas palavras de J. C. Vieira de Andrade, «*A Constituição Portuguesa de 1976 é das que mais acentua a dimensão social e inclui a generalidade dos direitos sociais, sob a designação de «direitos económicos, sociais e culturais», no catálogo dos direitos fundamentais, com formulação subjectiva, acompanhados de imperativos, por vezes pormenorizados, das tarefas públicas destinadas à sua efectivação*»³⁷. E, ainda, para rematar esta questão, «*Portugal stands out for its constitutional pre-commitment to social and economic rights. (...) the catalogue of social rights in the Portuguese Constitution is unique in both its extent and detail. (...) In all these regards, the Portuguese Constitution is the most exhaustive. Its exceptional character becomes more apparent when we make a global comparison. In a recent 68-country comparative study of constitutional pre-commitment the Portuguese Constitution emerges at the top.*»³⁸.

³⁵ Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. I, Tomo I, 2014, páginas 107 e 108. Vide, nomeadamente, artigos 53.º a 57.º e 58.º e seguintes. Vide também, por exemplo, Jorge Bacelar Gouveia, *Manual de Direito Constitucional*, II, 2011, páginas 942 e seguintes expondo uma síntese do princípio social e os fins do Estado.

³⁶ *La democracia social en la Constitución Portuguesa (1976-1996)*, em *Perspectivas Constitucionais*, Vol. I, Coimbra Editora, 1996, página 231.

³⁷ *O Estado Social Europeu no Século XXI: a perspectiva jurídica dos direitos sociais*, Boletim da Faculdade de Direito de Macau, 30, página 31. Advertindo, de seguida, «*Os direitos sociais nunca foram, porém, totalmente equiparados aos direitos fundamentais de liberdade*».

³⁸ Mónica Brito Vieira/Filipe Carreira da Silva, *Getting rights right: Explaining social rights constitutionalization in revolutionary Portugal*, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, 2013 páginas 898 e 899.

Em suma, no plano da Constituição Portuguesa de 1976 resulta indubitável uma forte presença do constitucionalismo social³⁹, da estatuição de direitos sociais, donde, ora por assunção directa, ora mediatamente, a presença da Constituição Mexicana de 1917 faz-se sentir neste tópico. Diga-se, *a latere*, que, no que respeita ao amparo a Constituição de Portugal entendeu não consagrar este magno instituto.

A questão que então se coloca é a de saber se estes direitos sociais se estendiam à ordem constitucional de Macau, nos termos antes vistos. Os direitos de matriz social trabalhista que estão expressamente criados como direitos, liberdades e garantias – segurança no emprego, comissões de trabalhadores, liberdade sindical, direitos das associações sindicais e contratação colectiva e direito à greve e proibição de *lock out* – haveriam de ser considerados parte integrante da ordem constitucional de Macau, para lá de outros direitos, liberdade e garantias de natureza *social*, como a liberdade de aprender e de ensinar (artigo 43.º).

Mas mais, os direitos sociais de natureza análoga⁴⁰, também deveriam considerar-se vigentes em Macau, por exemplo, o direito de propriedade privada, incluindo o direito a indemnização em caso de expropriação, mas também o direito à retribuição do trabalho, o direito ao repouso, o direito a um limite máximo da jornada de trabalho, ao descanso semanal, a férias periódicas pagas, entre outros. Isto é, também aqui, ao pequeno enclave do extremo oriente, a longa *manus* de *Querétaro* chegou. A dinâmica dos factos pintava, no entanto, outras cores mais sombrias. Com efeito, apesar de, no plano jurídico, sermos de crer que não haveria dúvidas quanto a esta vigência destes direitos fundamentais de natureza análoga em matéria de trabalho, a *praxis*

³⁹ «*La Constitución portuguesa es una de las más avanzadas de Occidente en cuanto a la extensión y profundidad de sus derechos y garantías sociales*», Antonio Colomer Viadel/José López González, *Programa ideológico y eficacia jurídica de los derechos sociales. El caso de Portugal en el derecho comparado*, em *Perspectivas Constitucionais*, vol. III, 1998, página 315. Ou, «*Portugal, (...) have a high constitutional commitment to social rights*», Avi Ben Bassat/Momi Dahan, *Social Rights in the Constitution and in Practice*, *Journal of Comparative Economics*, 36, 2008, página 105.

⁴⁰ Por exemplo, quanto ao artigo 59.º da CRP, «*Os direitos dos trabalhadores aqui consagrados não são uma categoria homogénea e, sob o ponto de vista estrutural, alguns deles apresentam natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias*», Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, Coimbra Editora, 2006, página 770.

social, e também legislativa, pouco demonstrou ou pouco curou da sua efectiva vigência⁴¹.

Uma nota mais nesta sede. Se dermos por boa a grelha de artigos que Héctor Fix-Zamudio e Salvador Valencia Carmona, nos apresentam quanto ao constitucionalismo social criado pela Constituição Mexicana de 1917, recorde-se, «*através de sus artículos 3, 27, 28, 123 y 130*»⁴², então poderemos ainda acrescentar a liberdade de religião e de culto (artigo 41.^o), incluindo a estatuição da separação das igrejas e do Estado. Direito fundamental este também presente na ordem constitucional de Macau.

Concluída a análise centrada na temática do constitucionalismo social, importa agora perscrutar a outra temática de referência, o amparo.

Nesta sede, o dualismo *ordenamental* entre Macau e Portugal, isto é a sua separação (que não a sua incomunicabilidade)⁴³ resulta bem evidente: com efeito, registado o ostracismo total de Portugal face ao direito de amparo, em Macau, diferentemente, o direito de amparo foi consagrado⁴⁴ e revestia a natureza de direito fundamental análogo.

⁴¹ O contexto geográfico e social em que Macau se insere ajudará, com certeza, a compreenderes este menoscabo dado aos direitos sociais. Vide, por exemplo, Wen-Chen Chang/Li-Ann Thio/Kevin Yi Tan/Jiunn-Rong Yeh, *Constitutionalism in Asia*, Hart, 2014, «*Few Asian constitutions contain a comprehensible list of justiciable socio-economic rights*», página 944.

⁴² *Derecho Constitucional Mexicano Y Comparado*, Porrúa, México, 2005, páginas 551 e 552.

⁴³ «*Sendo territórios diferentes e, mais do que isso, comunidades políticas distintas (artigos 1.^o e 5.^o da Constituição, por um lado, e 292.^o, por outro lado), distintas não podem deixar de ser as ordens jurídicas – não só por estritas considerações lógico-formais mas sobretudo por razões políticas, económicas, sociais e culturais. Há uma ordem jurídica da República Portuguesa, tendo por destinatários permanentes os cidadãos portugueses e ligada ao território nacional; e há uma ordem jurídica de Macau, tendo por destinatários permanentes os residentes em Macau e incindível desse Território.*», Jorge Miranda, *Ordem constitucional e fiscalização da constitucionalidade em Macau*, disponível em <http://odireito.com.mo/doutrina/pareceres/123-ordem-constitucional-e-fiscalizacao-da-constitucionalidade-em-macau.html>.

⁴⁴ «*Este instituto de amparo – desconhecido em Portugal, mas já consagrado em Macau*», diz-nos José Joaquim Gomes Canotilho, *As palavras e os homens - Reflexões sobre a Declaração Conjunta Luso-Chinesa e a institucionalização do recurso de amparo de direitos e liberdades na ordem jurídica de Macau*, disponível em <http://odireito.com.mo/doutrina/4-as-palavras-e-os-homens.html>.

O amparo de Macau foi criado pelo artigo 17.^o⁴⁵ da Lei n.º 112/91, de 29 de Agosto⁴⁶, definidora das bases da Organização Judiciária de Macau, e estabelecia o seguinte:

«1. De decisão proferida por tribunal sediado no território pode sempre recorrer-se para o plenário do Tribunal Superior de Justiça, com fundamento em violação de direitos fundamentais garantidos pelo Estatuto Orgânico de Macau, sendo o recurso directo e restrito à questão de violação;

2. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, há recurso para os tribunais de jurisdição administrativa de actos administrativos ou de simples via de facto dos poderes políticos, com fundamento na violação de direitos fundamentais garantidos pelo Estatuto Orgânico de Macau».

A primeira referência que encontramos ao direito de amparo é na Doutrina (nada surgindo sequer nos trabalhos preparatórios da Lei n.º 112/91, de 29 de Agosto): «*Outra hipótese seria criar um recurso autónomo para protecção dos cidadãos contra eventuais abusos dos seus direitos fundamentais por parte da administração, solução que presentemente tem tido bom acolhimento em diversos países, nomeadamente na Alemanha (veja-se o artigo 93.º, n.º 4-A, da Constituição de Bona, que consagra a Verfassungsbeschwerde e em Espanha (veja-se o artigo 161.º, n.º 1, alínea b), da actual Constituição espanhola e o seu recurso de amparo)*», propunha Jorge Noronha Silveira, para depois rematar que «*quanto à consagração em Macau de um recurso de amparo não se levantam dificuldades de maior*»⁴⁷.

⁴⁵ Nunca este preceito foi objecto de regulamentação o que não invalidou, pese embora as naturais dificuldades do tribunal em criar normas e procedimentos por via jurisprudencial, que este remédio fosse utilizado diversas vezes e normalmente aceite pelo poder judicial numa mostra de tribunais *pro libertate* e que não se refugiam em formalismos e carência de normativos legais para negar, desde logo, o uso do direito de amparo, enquanto direito fundamental. Sobre esta temática, incluindo doutrina e jurisprudência, número especial da Revista Jurídica de Macau sobre *O Direito de Amparo em Macau e em Direito Comparado*, Macau, 1999, org. Paulo Cardinal.

⁴⁶ Lei portuguesa aprovada pela Assembleia da República expressamente para aplicar no território sob administração de Portugal.

⁴⁷ *A fiscalização da constitucionalidade na futura organização judiciária de Macau*, revista Administração, 12, 1991, página 291.

Ou seja, aqui aponta-se, claramente, para a instituição do *amparo de direitos fundamentais* e identificam-se expressamente duas fontes inspiradoras o Direito Alemão e Espanhol⁴⁸.

Pouco mais se sabe sobre esta criação⁴⁹. Na nota justificativa é de-veras visível a ausência de explicação e motivação. Singelamente aí se afirma «*Prevê-se um recurso de amparo para tutela dos direitos fundamentais garantidos pelo Estatuto Orgânico*». E no que respeita a outras questões, nomeadamente quanto às suas fontes inspiradoras, reinou o silêncio.

Adiante. Ora, como se pode constatar pelo articulado *supra* reproduzido, mesmo na economia do preceito permite-se apontar para o modelo espanhol de amparo e não para a alemã *verfassungsbeschwerde*. Desconhecemos as razões de tal opção – porventura de natureza linguística, ou porquanto a via alemã é deveras constitucionalizada, logo na designação, o que poderia criar alguns problemas em Macau, nomeadamente face ao futuro – mas parece firme a influência genérica do amparo de matriz espanhola no amparo de Macau⁵⁰.

⁴⁸ José Melo Alexandrino, fala-nos em uma «*figura que se aproximava da queixa constitucional alemã e do recurso de amparo dos países da América Central e do Sub*», *O Sistema de Direitos Fundamentais na Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau*, CFJJ, 2013, página 150.

⁴⁹ Dos trabalhos preparatórios pouco se pode retirar. Com efeito, no Parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, da Assembleia da República, recaído sobre a proposta de lei n.º 161/V - Organização Judiciária de Macau, lê-se: «*A ideia de um recurso de amparo para o Tribunal Superior de Justiça é uma solução de grande alcance e rasgo que consubstancia institucionalmente a salvaguarda dos direitos fundamentais contidos no Estatuto Orgânico, os quais são, naturalmente, e desde logo, os direitos, liberdades e garantias consagrados pela Constituição da República. Garante-se, deste modo, a efectivação do direito no que se refere à protecção jurisdiccional ampla dos direitos fundamentais, não só pela criação de condições institucionais legais mas, ainda, pela valorização e reforço que a acção jurisprudencial induzirá.*», Diário da Assembleia da República, I série, n.º 2, 1990.

⁵⁰ Sobre o amparo de Macau, Paulo Cardinal, *La institución del recurso de amparo de los derechos fundamentales y la justusofonia – los casos de Macau y Cabo Verde*, em *El Derecho de Amparo en el Mundo*, Héctor Fix-Zamudio e Eduardo Ferrer-Macgregor, coords., IIJ/UNAM, Editorial Porrúa, México, 2006, páginas 891 e seguintes e o citado número especial da Revista Jurídica de Macau sobre *O Direito de Amparo em Macau e em Direito Comparado*, Macau, 1999.

Logo, sendo este como se consabe, tributário do amparo mexicano⁵¹, também aqui poderemos descortinar uma influência, ainda que mediata e obnubilada, da Constituição mexicana de 1917.

Em suma:

a) Verifica-se uma presença histórica de influência da Constituição mexicana de 1917 na ordem constitucional de Macau na temática do constitucionalismo social, por virtude da aplicação de parcelas da Constituição Portuguesa onde essa influência se fez sentir;

b) Verifica-se também a presença de influência indirecta da Constituição mexicana de 1917 na ordem jurídica de Macau na temática do direito de amparo de direitos fundamentais, apesar do silêncio da Constituição Portuguesa, por via da inspiração recebida do amparo espanhol.

A ORDEM CONSTITUCIONAL DA REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU

Cabe agora indagar da influência da Constituição Mexicana de 1917 na ordem constitucional da Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China. Para tal torna-se necessário descrever, ainda que muito sucintamente, o presente estatuto de Macau, decorrente de um processo de transição⁵², os princípios reitores internacionalmente estabelecidos e identificar então a ordem constitucional de Macau.

⁵¹ Veja-se, por exemplo, Francisco Fernández Segado, *El recurso de amparo en España*, em *El Derecho de Amparo en el Mundo*, Héctor Fix-Zamudio e Eduardo Ferrer-Macgregor, coords., IJ/UNAM, Editorial Porrúa, México, 2006, página 789.

⁵² Sobre estas questões remetemos para o que escrevemos, e doutrina aí citada, em *Continuity and Autonomy – Leading Principles Shaping the Fundamental Rights Constitutional System in the Macau Special Administrative Region*, em *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, T. IV, *Derechos fundamentales y tutela constitucional*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor/ Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coords., UNAM, Instituto Mexicano De Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons, 2008, páginas 169 e seguintes, e *Fragmentos em torno da constituição processual penal de Macau – do princípio da continuidade ao princípio da dignidade humana*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume III, org. Manuel da Costa Andrade *et all*, Coimbra Editora, 2010, páginas 741 e seguintes e que seguimos em largos trechos nas próximas páginas.

Macau, outrora território sob administração portuguesa, é uma Região Administrativa Especial da República Popular da China estruturada em torno de princípios reitores como os de «Um país, dois sistemas» e do «alto grau de autonomia» *ex vi* os comandos normativos expressos pelo tratado internacional⁵³ denominado *Declaração Conjunta do Governo da República Portuguesa e do Governo da República Popular da China sobre a questão de Macau*⁵⁴, posteriormente plasmados, densificados e expandidos pela Lei Básica da RAEM⁵⁵, lei aprovada nos termos excepcionais permitidos pelo artigo 31.º da Constituição da RPC, e por aquela exigida.

O sistema jurídico de Macau, enquanto RAE, detém um conjunto de traços caracterizadores que se podem traduzir em vários princípios, nomeadamente quanto ao ordenamento constitucional. O estatuto de Macau e o acervo de poderes de que goza e, bem assim as garantias arregimentadas, não encontram paralelo – isto é, para além do símile exemplo de Hong Kong – nem no direito constitucional comparado nem na sua história. Como também a sua posição e relacionamento vis-à-vis o direito internacional, em um punhado de questões, é singular. O ineditismo e virtuosismo do princípio político-jurídico «Um país, dois sistemas» dita soluções (compromissórias) que rompem com cânones e habituações, não se compadecendo com, por exemplo, concepções clássicas e ultrapassadas de soberania, nem com teses de desconstrução ou despromoção do segmento «dois sistemas» daquela máxima elaborada por Deng Xiaoping.

⁵³ Que a Declaração Conjunta é um tratado internacional não deve restar sombra de dúvidas. Veja-se neste sentido, entre tantos outros, James Crawford, *Rights in One Country: Hong Kong and China*, Hochelaga Lectures, Faculty of Law, HKU, 2005, páginas 3 e 4, Chen Zhi Zhong, *The Joint Declaration and the International Law*, Boletim da Faculdade de Direito de Macau, 11, 2001, páginas 89 e seguintes.

⁵⁴ Assinada por ambas as partes soberanas contratantes em Pequim, a 13 de Abril de 1987. Foi, em Portugal, aprovada para ratificação pela Resolução n.º 25/87 da Assembleia da República, ratificada pelo Presidente da República pelo Decreto n.º 38-A/87 e posteriormente publicada no Boletim Oficial de Macau, 23, 3,º Suplemento, de 7 de Junho de 1988. Foi depositada por ambas partes nas Nações Unidas.

⁵⁵ Adoptada em 31 de Março de 1993, pela Primeira Sessão da Oitava Legislatura da Assembleia Popular Nacional da República Popular da China e promulgada pelo Decreto n.º 3 do Presidente da República Popular da China para entrar em vigor no dia 20 de Dezembro de 1999 e publicada no Boletim Oficial de Macau, 1.ª série, a 20 de Dezembro de 1999. Disponível em <http://bo.io.gov.mo/bo/I/1999/leibasica/index.asp>.

Podemos afirmar que a Declaração Conjunta estabelece o conjunto de princípios que regem a transição em sentido amplo, estatui um conjunto de políticas fundamentais para variados segmentos da RAEM, por exemplo os sistemas social, económico, jurídico, judiciário ou dos direitos fundamentais. Em determinada perspectiva apresenta-se intransponível a constatação de que a Declaração Conjunta constitui um espartilho ao pleno exercício de soberania sobre este enclave prenhe de autonomia, só que, este ónus é desejado e concretizado de livre vontade por aqueles Estados soberanos num normal exercício dos seus poderes jus-internacionais, nomeadamente concretizando o seu *jus tractum*, conforme as regras internacionais estabelecidas e vinculando-se de acordo com o regime procedimental interno de cada um daqueles sujeitos de direito internacional. São, destarte, limitações *auto-impostas* e vertidas num instrumento convencional internacional, as quais se reflectem numa refracção de exercício de um feixe alargado de poderes por parte do *novo* soberano face a Macau, indiscutivelmente parte integrante da China. Com efeito, durante cinquenta anos a China reservou para si o exercício de apenas alguns poderes, nomeadamente relativos a defesa nacional, relações externas, interpretação da lei fundamental de Macau e a nomeação de alguns titulares, repousando (quase) todo o restante nas mãos dos órgãos locais regionais⁵⁶ como expressão do forte esquema de autonomia de que goza Macau. A Declaração Conjunta permanece, pois, bem presente no sistema jurídico de Macau não devendo, então, ser olvidada.

Macau, tal como solenemente proclamado pela Declaração Conjunta e pela Lei Básica, goza de um alto grau de autonomia. O princípio da autonomia é vasta e ricamente preenchido de tal sorte que coloca sérias inquietações quando se pretende colocar a autonomia da RAE num contexto de direito constitucional comparado.

É mister recordar que, como afirma o preâmbulo da Lei Básica, não se aplicam em Macau o sistema e as políticas socialistas. As políticas fundamentais que o Estado aplica em relação a Macau são as já expostas pelo Governo Chinês na Declaração Conjunta. Por outro lado, nos ter-

⁵⁶ Ver, por exemplo, Wang Zhenmin, «Um País, dois sistemas» e a Lei Básica de Macau, Assembleia Legislativa de Macau, Macau, 2008.

mos do artigo 2.º, a RAEM *exerce um alto grau de autonomia e a goza de poderes executivo, legislativo e judicial independente, incluindo o de julgamento em última instância, não se aplicam o sistema e as políticas socialistas, mantendo-se inalterados durante cinquenta anos o sistema capitalista e a maneira de viver anteriormente existentes*, com ênfase no artigo 5.º, *as leis, os decretos-leis, os regulamentos administrativos e demais actos normativos previamente vigentes em Macau mantêm-se, salvo no que contrariar esta Lei ou no que for sujeito a emendas em conformidade com os procedimentos legais, pelo órgão legislativo ou por outros órgãos competentes da Região Administrativa Especial de Macau*, artigo 8.º, e *os sistemas e políticas aplicados em Macau, incluindo os sistemas social e económico, o sistema de garantia dos direitos e liberdades fundamentais dos seus residentes, os sistemas executivo, legislativo e judicial, bem como as políticas com eles relacionadas, baseiam-se nas disposições desta Lei Básica*, artigo 11.º da lei fundamental. Mas também, *o órgão executivo e o órgão legislativo da Região Administrativa Especial de Macau são ambos compostos por residentes permanentes da Região*, artigo 3.º.

O princípio da continuidade⁵⁷ assume-se onipresente para quem proceda ao estudo do ordenamento jurídico de Macau, com ainda mais ênfase quando esse estudo incida em matérias de direito público.

Ele apresenta-se *multidimensionalmente* e, no que ao tema importa, de uma forma triptíca, isto é, enquanto:

a) Princípio aglutinante de manutenção da maneira de viver - «*Os actuais sistemas social e económico em Macau permanecerão inalterados, bem como a respectiva maneira de viver*»⁵⁸;

b) Princípio de inalterabilidade da matriz essencial do ordenamento jurídico previamente vigente - «*as leis vigentes manter-se-ão basicamente inalteradas*»⁵⁹; e,

⁵⁷ Sobre este magno princípio, entre tantos outros, JORGE COSTA OLIVEIRA, *A continuidade do ordenamento jurídico de Macau na Lei Básica da futura Região Administrativa Especial*, revista *Administração*, n.ºs 19/20, páginas 21 e seguintes, ANTÓNIO KATCHI, *As fontes do Direito em Macau*, FDUM, Macau, 2006, páginas 206 e seguintes.

⁵⁸ Declaração Conjunta, 2, (4). Na Lei Básica, v.g., Preâmbulo e artigos 5.º e 11.º.

⁵⁹ Declaração Conjunta, 2, (4). Na Lei Básica, v.g., artigos 8.º e 18.º mas também artigo 145.º.

c) Princípio de manutenção de todos os direitos fundamentais anteriormente existentes - «*A Região Administrativa Especial de Macau assegurará, em conformidade com a lei, todos os direitos e liberdades dos habitantes e outros indivíduos em Macau, estipulados pelas leis previamente vigentes em Macau*»⁶⁰.

Pode, destarte, fazer-se aqui um apelo à *ideia* de *adquiridos constitucionais*, sinteticamente posto, soluções constitucionais participativas da realidade constitucional de dado ordenamento jurídico e que já valeram no passado, mas que também valem no presente e que se podem projectar para o futuro sendo constante e pacificamente aceites⁶¹ e, neste caso, carregadas pela Declaração Conjunta e ancoradas no *jus cogens* do *jus cogens*: *pacta sunt servanda*.

Por tudo isto, em jeito de remate à *quaestio* da continuidade ou-samos sugerir que todo e qualquer bom intérprete e aplicador da Lei Básica (sobremaneira, mas também de demais actos normativos), deve colocar sobre os ombros uma cabeça de Jano. Interpretando a norma com uma cara no passado e com a outra no futuro que vai reservar à norma, logrando assim o *intérprete-porteiro* um *continuum* desejado e erigido em imperativo categórico durante 50 anos cinzelado na Declaração Conjunta e *debruado* na Lei Básica.

Qual é então a nova Constituição de Macau? Considerarmos que o bloco constitucional de Macau é multicomposto porquanto assenta, em enunciados normativos que repousam em diversos instrumentos jurídicos diferenciados. Decorre ainda da multi-origem das normas de valor e função constitucional uma (quase necessária) *multilevel constitution*. Isto é, o bloco da constitucionalidade surge em uma ordenação diferenciada e não dotado de uma homogénea força jurídica, por exem-

⁶⁰ Declaração Conjunta, V, Anexo I. Na Lei Básica, artigos 4.º, 11.º e 40.º, os quais, não reflectem *expressis verbis* a totalidade da garantia dada na norma da Declaração Conjunta.

⁶¹ Afonso De Oliveira Martins, *Para uma teoria dos adquiridos constitucionais*, in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, Coimbra Editora, 2002, páginas 1049 e 1050. Veja-se, a propósito, Requejo Pagés, *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, CEPC, 1998, especialmente página 123 e suas considerações sobre Constituição versus continuidade, afirmando que o ordenamento não é tanto a consequência de um poder que o constitui *ex novo* mas outrossim o resultado de uma articulação de poderes constituintes ao longo do tempo entrelaçados por um princípio de continuidade.

plo, a Declaração Conjunta prevalece sobre a Lei Básica. Por último, o documento normativo Lei Básica corresponde, ao menos em alguma medida, à Constituição *lato sensu*, formalizada, de Macau. Afirma-se a Lei Básica como a constituição a título principal de Macau, que não a título supremo, diga-se. Isto é, a principal fornecedora normativa – em termos de quantidade e de abrangência e, bem assim, de estruturação, articulação e estabilização de valores e princípios – da ordem constitucional de Macau. As outras fontes desta ordem superior são-no ou esparsamente - Constituição da RPC- ou dirigente e principiologicamente (com grande riqueza, diga-se) com, todavia, relativa escassez de densidade normativa - Declaração Conjunta⁶².

Vejamos então as várias componentes da ordem constitucional de Macau, pela seguinte ordem, em função do seu contributo quantitativo, que não em função de uma ordenação de hierarquia: Lei Básica, Declaração Conjunta e Constituição da República Popular da China

A Lei Básica é uma Constituição? Esta uma primeira interrogativa a colocar. Podemos sem receios afirmar que é um documento constitucional, uma constituição *lato sensu* ou que, ao menos, desenvolve um papel constitucional⁶³. Conforme se escreveu, «*the Basic Law is actu-*

⁶² Se outras mais fontes contribuem para a composição da ordem constitucional, fazem-no subordinadamente e fragmentariamente, por exemplo, o PIDCCP e o PIDESC?

⁶³ Por razões que, as mais das vezes se prenderão ora com um purismo de formas estrito e radicalizante, ora com concepções neoclássicas fundamentalistas assentes em considerações nacionalistas exorbitantes, é por muitos apodado de quase pecado material a consideração da Lei Básica como constituição. Quanto a estas consideração não convocamos comentários para além de se dizer que a consideração da Lei Básica como lei constitucional não vem beliscar a soberania da RPC face a Macau e, quanto aquelas não desconhecemos conceitos nem pressupostos (*Kompetenz-kompetenz*, v.g.) outrossim partindo da premissa de existência de um ordenamento separado e que cada ordenamento jurídico há-de ter uma lei constitucional, a que juntamos razões de pragmatismo, operatividade e, de densificação do alto grau de autonomia assumimos uma referência à Lei Básica enquanto realidade normativa constitucional. Por outro lado, é inescapável o comando expresso no artigo 11.º da Lei Básica impondo a superioridade normativa interna da Lei Básica perante as outras fontes normativas internas da RAEM. Vide, por exemplo, «*The Basic Law has constitutional status and dominates all other Hong Kong laws. (...) The Basic Law dominates all local statutes of the territory, and enjoys constitutional status, namely, as a charter which cannot be defied and one that guarantees social stability and steady economic development. In light of this, all governmental institutions, organizations and individuals must strictly adhere to the Basic Law.*», Rao Geping, *Two Views of Hong Kong's Basic Law: From Beijing*, «One Coun-

ally the constitutional law of Macau, and thus controls the direction of legal developments»⁶⁴. Ou considerá-la como «Constituição funcional» da RAEM como preconiza José Melo Alexandrino⁶⁵.

Avancemos para a identificação de mais uma das componentes da ordem constitucional de Macau: a Declaração Conjunta.

Brevitatis causa, sendo vero que a Declaração Conjunta impõe, desde logo a criação do suporte institucional territorial-político denominado RAEM no qual se estabilizará a concretização da política «*Um país, dois sistemas*», a «*República Popular da China estabelecerá, ao voltar a assumir o exercício da soberania sobre Macau, a Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China.*», assim o prescreve o artigo 2.º, (1) daquele tratado internacional. Para além da criação desta pessoa de direito público é também exigido pela Declaração Conjunta no mesmo artigo 2.º, (12) a elaboração de uma Lei Básica e, bem assim, predeterminado, no essencial, o seu conteúdo, «*As políticas fundamentais acima mencionadas e os respectivos esclarecimentos no Anexo I à presente Declaração Conjunta serão estipulados numa Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China pela Assembleia Popular Nacional da República Popular da China e permanecerão inalterados durante cinquenta anos.*».

De tudo isto resulta o sobredito princípio de obediência às políticas fundamentais da Declaração Conjunta durante cinquenta anos. Como, de resto, é *humildemente* assumido pela Lei Básica, quer no seu Preâmbulo, quer no artigo 144.º. Ou seja, num certo sentido e numa

try» *Must Dominate the Two Systems...*, Hong Kong Journal, http://www.hkjjournal.org/archive/2006_spring/rao.html, ou, «*A Lei Básica é a lei constitucional da RAEM, assim, só se pode melhor conhecer o significado destas normas quando são analisadas numa perspectiva de constitucionalismo.*», Sun Tongpeng, *A alocação de competências orçamentais em Macau - Algumas considerações jurídicas*, in *Administração*, 103, página 103.

⁶⁴ Tong Io Cheng/Wu Yanni, *Legal transplants and the on-going formation of Macau legal culture*, *Isa-dat Law Review*, 2, 2010, página 668.

⁶⁵ *O Sistema de Direitos Fundamentais na Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau*, CFJJ, 2013, passim. A rotulagem que tem vindo a ser feita, e que encerra sempre uma ideia de norma parâmetro, pode resumir-se ao seguinte: mini constituição, acto cripto-constitucional, para-constituição, lei com natureza constitucional, lei monitora, *sumário* apresentado por Cândida Antunes Pires, *The organization of justice in the legal system of Macau – statics and dynamics of the Macau SAR courts*, comunicação apresentada ao 1st Seminar on Law and Social Sciences, Macau, October, 2007.

imagem fácil a Lei Básica será o documento legal de regulamentação da *legislação de bases* intitulada Declaração Conjunta e, destarte a ela deve estar conforme. Se assim é, se a Declaração Conjunta é *a grund-norm* da Lei Básica, então constitui-se como elemento da ordem constitucional de Macau.

Finalmente, a Constituição da República Popular da China. Afigura-se inegável que alguma aplicação a Constituição chinesa terá na ordem jurídica de Macau da mesma sorte que também inegável será que não terá aplicação integral, ou seja *não beneficia de uma aplicação in totto*. Se assim são as coisas, a questão sobranse é o da delimitação de linha de fronteira, isto é preenchimento do escopo do que é de aplicação em Macau.

Com efeito, não se recusa que haverá preceitos da Constituição chinesa aplicáveis a Macau, particularmente aquelas que radicam no substrato da soberania, e, bem assim, normas de carácter organizatório competencial, mas já assim não será no que vem bulir com o cerne da manutenção do modo de viver, *no* sistemas social, económico, direitos fundamentais de Macau. Nestas matérias, nega-se pois a aplicabilidade na RAEM – seja no sentido do alargamento, seja no do constrangimento. Seja no que se reporta a normas estritamente consideradas seja no que respeita ao seu espírito.

Este entendimento está devidamente ancorado na Lei Básica – como já se apontava na Declaração Conjunta – mais precisamente no seu artigo 11.º:

«De acordo com o artigo 31.º da Constituição da República Popular da China, os sistemas e políticas aplicados na Região Administrativa Especial de Macau, incluindo os sistemas social e económico, o sistema de garantia dos direitos e liberdades fundamentais dos seus residentes, os sistemas executivo, legislativo e judicial, bem como as políticas com eles relacionadas, baseiam-se nas disposições desta Lei.».

Donde, sobre as matérias ali inscritas recai uma blindagem de imunidade face às correlativas disposições da Constituição da RPC. Na verdade «*Ao abrigo do artigo 11.º da LB, os sistemas e as políticas aplicados na RAEM (...), baseiam-se nas disposições da LB. Quer isto dizer*

que a Constituição é aplicável na RAEM, salvo as disposições respeitantes aos sistemas e políticas socialistas e as referidas no artigo 11.º da LB»⁶⁶.

Ora bem, depois deste percurso algo longo e complexo, mesmo em termos de síntese, importa retornarmos aos nossos concretos propósitos, isto é, indagar da presença da constituição social e do amparo (logo, de elementos de influência da Constituição Mexicana de 1917) na actual ordem constitucional de Macau. Com a criação da RAEM, quer o Estatuto Orgânico de Macau, quer a Constituição portuguesa terão deixado de vigorar, ao menos enquanto tal e enquanto preceitos normativos⁶⁷.

Ambas estas temáticas – direitos sociais e amparo – nos termos *infra* vistos, não cabem, para efeitos de aplicação a Macau, à Constituição Chinesa⁶⁸, pelo que aqui não a abordaremos⁶⁹.

Resta, pois, indagar no seio da Declaração Conjunta e da Lei Básica.

Estabelece a Declaração Conjunta, no que ao tema nos interessa, no ponto V, do seu Anexo I⁷⁰ (*Esclarecimento do Governo da Repúbli-*

⁶⁶ Wu Xingping, *O sistema jurídico da Região Administrativa Especial de Macau*, Boletim da Faculdade de Direito de Macau, n.º 13, página 74 e página 76.

⁶⁷ Sobre as descontinuidades materiais entre a ordem constitucional pretérita e a actual em matéria de direitos fundamentais, vide, entre outros, António Katchi, *As fontes do Direito em Macau*, FDUM, Macau, 2006, páginas 329 e seguintes.

⁶⁸ Vide, por exemplo, artigos 42.º e seguintes.

⁶⁹ «É inegável, portanto, que DCLC e a Lei Básica atribuem, ao segundo sistema, a tarefa de garantia dos direitos fundamentais», afirma João Albuquerque, *Os Direitos Sociais na Lei Básica de Macau, Segundas Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa – direitos fundamentais – consolidação e perspectivas de evolução*, Leonel Alves/Paulo Cardinal, coords., Macau, 2016, página 109. Veja-se também Luís Pessanha, *O direito à saúde como direito fundamental e a questão do tabagismo*, Boletim da Faculdade de Direito de Macau, 30, páginas 266 e seguintes, entendendo, nomeadamente, que «não haverá cabimento a que as normas da Constituição da República Popular da China possam integrar os direitos fundamentais de Macau», página 266, Jorge Bacelar Gouveia, *A Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau – Contributo para uma Compreensão de Direito Constitucional*, Boletim da Faculdade de Direito de Macau, 13, afirma, na página 186, que «os direitos fundamentais são positivados com total autonomia relativamente aos direitos fundamentais reconhecidos no texto da Constituição da República Popular da China».

⁷⁰ Em desenvolvimento do ponto 4, n.º 2, «Os actuais sistemas social e económico em Macau permanecerão inalterados, bem como a respectiva maneira de viver; as leis vigentes manter-se-ão basicamente inalteradas. A Região Administrativa Especial de Macau assegurará, em conformidade com a lei, todos os direitos e liberdades dos habitantes e outros

ca Popular da China sobre as Políticas Fundamentais Respeitantes a Macau): «A Região Administrativa Especial de Macau assegurará, em conformidade com a lei, todos os direitos e liberdades dos habitantes e outros indivíduos em Macau, estipulados pelas leis previamente vigentes em Macau, designadamente as liberdades pessoais, (...) de organização e de participação em sindicatos, (...), de escolha de profissão e de emprego, de greve, de praticar a sua religião e de crença, de ensino e de investigação académica; (...) de acesso ao direito e à justiça; o direito à propriedade privada, nomeadamente de empresas, à sua transmissão e à sua sucessão por herança e ao pagamento sem demora injustificada de uma indemnização apropriada em caso de expropriação legal (...).».

Ou seja, no tratado internacional que estabelece as grandes políticas a observar e concretizar na RAEM, é notória a presença da ideia de constitucionalismo social, nomeadamente, mas não apenas, quanto aos direitos laborais.

Quanto ao direito de amparo de direitos fundamentais a Declaração Conjunta não se lhe refere – note-se que data de 1987 e a criação do amparo em Macau provém de 1991 – mas, nos termos do princípio da continuidade, recorde-se, a RAEM assegurará todos os direitos e liberdades dos estipulados pelas leis previamente vigentes em Macau e, por outro lado, faz referência ao acesso ao direito e à justiça. O amparo de direitos fundamentais era, em 1999, um direito fundamental de natureza análoga, como vimos. Por conseguinte, as condições estavam criadas para a sua manutenção. A Lei Básica não lhe dedica qualquer preceito expresso. A esta questão voltaremos.

Importa agora curar de saber o que contém a Lei Básica no domínio do constitucionalismo social⁷¹.

indivíduos em Macau, designadamente as liberdades pessoais, a liberdade de expressão, de imprensa, de reunião, de associação, de deslocação e migração, de greve, de escolha de profissão, de investigação académica, de religião e de crença, de comunicações e o direito à propriedade privada.».

⁷¹ João Albuquerque afirma, «À data da entrada em vigor da Declaração Conjunta, «o sistema de garantia dos direitos e liberdades fundamentais dos Residentes de Macau» era imbuído, predominantemente, pela denominada teoria liberal dos direitos fundamentais, embora acompanhada por umas pinceladas das teorias democrática e social, que foram acentuando-se à medida que o fim da Administração portuguesa sob o Território se aproximava do seu fim.», *Os Direitos Sociais na Lei Básica de Macau*, Segundas Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa – direitos fun-

A Lei Básica estabelece um catálogo de direitos fundamentais, inserido primacialmente num capítulo próprio⁷², mas que nele não se esgota. Estabelece, no seu artigo 4.º, o princípio da salvaguarda dos direitos fundamentais: «*A Região Administrativa Especial de Macau assegura, nos termos da lei, os direitos e liberdades dos residentes da Região Administrativa Especial de Macau e de outras pessoas na Região.*».

Contrariamente ao que sucede na constituição portuguesa, na Lei Básica não se procede a uma divisão entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais. Como afirma José Melo Alexandrino⁷³, «*A primeira vista, a Lei Básica ignorou essa questão do regime diferenciado, parecendo dar a entender que haverá apenas*

damentais – consolidação e perspectivas de evolução, Leonel Alves/Paulo Cardinal, coords., Macau, 2016, página 112.

⁷² Capítulo III, *Direitos e deveres fundamentais dos residentes*, artigos 24.º a 44.º. Mas, indubitavelmente, há direitos fundamentais sedeados na Lei Básica em outros capítulos, por exemplo e pensando no tema do presente estudo, artigo 6.º, *O direito à propriedade privada é protegido*, artigo 98.º, *os funcionários e agentes públicos que originalmente exerçam funções em Macau, incluindo os da polícia e os funcionários judiciais, podem manter os seus vínculos funcionais e continuar a trabalhar com vencimento, subsídios e benefícios não inferiores aos anteriores, contando-se, para efeitos de sua antiguidade, o serviço anteriormente prestado*, artigo 103.º, *o direito das pessoas singulares e colectivas à aquisição, uso, disposição e sucessão por herança da propriedade e o direito à sua compensação em caso de expropriação legal*, artigo 125.º, *protecção dos legítimos direitos e interesses dos proprietários de património cultural*, artigo 128.º, *as organizações religiosas gozam, nos termos da lei, do direito de adquirir, usar, dispor e herdar património e de aceitar doações. Os seus direitos e interesses patrimoniais anteriores são protegidos nos termos da lei*. Como se reconhece a possibilidade de existência de direitos fundamentais fora da Lei Básica, seja na lei, seja em normas internacionais, por exemplo *ex vi* dos artigos 41.º e 40.º da Lei Básica. Sobre esta questão, por exemplo, JORGE BACELAR GOUVEIA, *Fontes de Direito e Direitos Fundamentais em Macau*, Segundas Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa – direitos fundamentais – consolidação e perspectivas de evolução, Leonel Alves/Paulo Cardinal, coords., Macau, 2016, páginas 94 e seguintes, José Melo Alexandrino, *O Sistema de Direitos Fundamentais na Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau*, CFJJ, 2013, páginas 87 e seguintes, António Katchi, *As fontes do Direito em Macau*, FDUM, Macau, 2006, páginas 320 e seguintes e 329 e seguintes.

⁷³ *O Sistema de Direitos Fundamentais na Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau*, CFJJ, 2013, mas, afirma o mesmo autor, pode-se concluir que «*sem prejuízo do regime unitário a que estão submetidas as duas categorias de direitos fundamentais, há na Lei Básica e no Pacto sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (...) regras especialmente aplicáveis aos direitos sociais.*», páginas 100 e 101, respectivamente.

um regime de direitos fundamentais». Com efeito, a expressão comum é a de *direitos e liberdades*⁷⁴.

Por outro lado, é mister de sublinhar que a tónica na Lei Básica em sede de direitos fundamentais é a parcimónia no estabelecimento constitucional directo dos direitos, sendo, pois, pouco densificadas as normas de direitos fundamentais.

Na Lei Básica surpreendemos vários direitos fundamentais de matriz social⁷⁵ e que, de acordo com a grelha anteriormente mencionada da *Constituição de Querétaro*⁷⁶, poderão ser encarados como herdeiros, longínquos, indirectos, remotos, translúcidos, desta.

Assim: o *direito e liberdade de organizar e participar em associações sindicais e em greves*, artigo 27.º, a *liberdade de escolha de profissão e de emprego*, artigo 35.º, o *direito a benefícios sociais nos termos da lei e o bem-estar e a garantia de aposentação dos trabalhadores*, artigo 39.⁹⁷⁷. Por importação, e colocando-as num patamar superior ao das leis ordinárias, as normas do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Po-

⁷⁴ «Portanto, o posicionamento sistemático da expressão, no capítulo relativo aos princípios gerais, apenas cobra justificação, pela sua manifesta relevância, no quadro dos princípios que conferem unidade e coerência ao sistema da Lei Básica. Tal expressão não equivale à semântica dos «direitos, liberdades e garantias» – que a Constituição portuguesa e os Pactos Internacionais contrapõem a «direitos económicos, sociais e culturais» –, mas configura a designação genérica e comum de direitos fundamentais», refere João Albuquerque, *Os Direitos Sociais na Lei Básica De Macau, Segundas Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa – direitos fundamentais – consolidação e perspectivas de evolução*, Leonel Alves/Paulo Cardinal, coords., Macau, 2016, página 114. Cfr. Jiang Chao Yang, *A experiência da protecção dos direitos sociais na Lei Básica de Macau*, Boletim da Faculdade de Direito de Macau, 30, página 81, onde afirma que a Lei Básica da RAEM «coloca os direitos sociais e os direitos à liberdade (...) no mesmo capítulo III, manifestando assim que os direitos sociais e direitos à liberdade estão na mesma posição».

⁷⁵ Cfr., em geral, Li Yan Ping, *A perspectiva de Macau sobre a protecção dos direitos sociais no contexto do princípio 'Um País, Dois Sistemas'*, Boletim da Faculdade de Direito de Macau, 30, páginas 39 e seguintes, Jiang Chao Yang, *A experiência da protecção dos direitos sociais na Lei Básica de Macau*, Boletim da Faculdade de Direito de Macau, 30, páginas 73 e seguintes.

⁷⁶ Recorde-se, Héctor Fix-Zamudio/Salvador Valencia Carmona *Derecho Constitucional Mexicano Y Comparado*, Porrúa, México, 2005, páginas 551 e 552.

⁷⁷ Para desenvolvimentos, Li Yan Ping, *A perspectiva de Macau sobre a protecção dos direitos sociais no contexto do princípio 'Um País, Dois Sistemas'*, Boletim da Faculdade de Direito de Macau, 30, páginas 40 e seguintes, Jiang Chao Yang, *A experiência da protecção dos direitos sociais na Lei Básica de Macau*, Boletim da Faculdade de Direito de Macau, 30, páginas 83 e seguintes.

líticos, do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais⁷⁸, bem como das convenções internacionais de trabalho, continuam a vigorar, e os direitos e as liberdades de que gozam os residentes de Macau, não podem ser restringidos excepto nos casos previstos na lei sendo que tais restrições não podem contrariar o disposto no parágrafo anterior deste artigo 40.º.

Por outro lado, em sede de *políticas*⁷⁹, há em outros capítulos da Lei Básica, *programas* relevantes na matéria que nos ocupa: artigo 115.º, *De harmonia com a sua situação de desenvolvimento económico, a Região Administrativa Especial de Macau define, por si própria, a sua política laboral e aperfeiçoa as suas leis de trabalho*, artigo 121.º, *o Governo da Região Administrativa Especial de Macau define, por si próprio, as políticas de educação, incluindo as relativas ao sistema de educação e à sua administração, às línguas de ensino, à distribuição de verbas, ao sistema de avaliação, ao reconhecimento de habilitações literárias e graduação académica, impulsionando o desenvolvimento da educação, a Região Administrativa Especial de Macau promove o ensino obrigatório nos termos da lei*, artigo 130.º, *com base no anterior sistema de benefícios sociais e de acordo com as condições económicas e as necessidades da sociedade, o Governo da Região Administrativa Especial de Macau define, por si próprio, a política de fomento e melhoria dos benefícios sociais*.

Nestas matérias haverá, desde logo, um dever de legislar⁸⁰, «*Por isso, é totalmente necessário que a Região Administrativa Especial de Macau fortaleça a sua legislação, e aperfeiçoe o sistema legislativo de Macau,*

⁷⁸ Sobre a relevância destes instrumentos de direito internacional, em especial o PIDESC, vide Cristina Ferreira, *A protecção dos direitos sociais no contexto dos instrumentos internacionais aplicáveis a Macau*, Boletim da Faculdade de Direito de Macau, 30, páginas 93 e seguintes.

⁷⁹ Daqui excluimos aquelas normas que estabelecem verdadeiramente direitos fundamentais, diríamos análogos aos do Capítulo III.

⁸⁰ Cfr., João Albuquerque, *Os Direitos Sociais na Lei Básica de Macau, Segundas Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa – direitos fundamentais – consolidação e perspectivas de evolução*, Leonel Alves/Paulo Cardinal, coords., Macau, 2016, página 126. Ver também, Jiang Chao Yang, *A experiência da protecção dos direitos sociais na Lei Básica de Macau*, Boletim da Faculdade de Direito de Macau, 30, páginas 87 e seguintes.

fazendo com que existam leis a respeitar, para que as disposições da Lei Básica possam ser aplicadas com seriedade»⁸¹.

Por outro lado, ainda em sede de direitos sociais, recorde-se a vigência do PIDESC e de convenções da Organização Internacional do Trabalho⁸² e, bem assim, a sua especial colocação de superioridade hierárquica em face da legislação doméstica ordinária⁸³.

Em jeito de síntese, no plano normativo constitucional⁸⁴, constata-se a presença de traços relevantes do constitucionalismo social, ou seja, a *longa manus* de *Querétaro* pode afirmar-se também aqui, ainda que de uma forma mediata, longínqua, remota.

Cabe agora tratar da questão do amparo. Como se viu, o direito fundamental ao amparo de direitos foi estabelecido em Macau, em 1991, ao arrepio da Constituição Portuguesa e do Estatuto Orgânico de Macau, por uma lei de bases de organização judiciária. Terá sido inspirado pelo exemplo espanhol o qual, por seu turno, bebeu do exemplo da Constituição mexicana de 1917.

Nem a Declaração Conjunta – anterior á referida estatuição do amparo na ordem jurídica de Macau - nem a Lei Básica dedicam qualquer norma *ex professo* ao amparo de direitos fundamentais. A referida lei de organização judiciária de 1991 foi integralmente substituída nos alvares da RAEM pela Lei n.º 9/1999. Esta nada diz sobre o amparo

⁸¹ Xu Chongde, *Cultura e Assuntos Sociais da Futura Região Administrativa Especial de Macau*, in Boletim da Faculdade de Direito de Macau, 14, página 226. Para mais desenvolvimentos, João Albuquerque, *Os Direitos Sociais na Lei Básica de Macau, Segundas Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa – direitos fundamentais – consolidação e perspectivas de evolução*, Leonel Alves/Paulo Cardinal, coords., Macau, 2016, passim.

⁸² Em Macau estão em vigor várias, como a Convenção n.º 87, sobre a Liberdade Sindical e a Protecção do Direito Sindical, Convenção n.º 98, sobre o Direito de Organização e Negociação Colectiva. Cfr., <http://pt.io.gov.mo/Legis/International/1/12.aspx>. Há dúvidas sobre a manutenção de vigência de algumas, por exemplo, a 158, relativa à cessação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador; vide 2.ª Comissão Permanente da Assembleia Legislativa, Parecer n.º 1/V/2015, disponível em <http://www.al.gov.mo/lei/leis/2015/2015-02/parecer.pdf>.

⁸³ Existem algumas leis, nomeadamente em sede de direito de trabalho, embora de protecção algo frouxa, e, por vezes de difícil compatibilização com o PIDESC ou Convenções da OIT, como persistem lacunas, por exemplo inexistem leis reguladoras de liberdade sindical, de greve, de contratação colectiva.

⁸⁴ Que não, ao menos na mesma medida, nos planos legal e da praxis.

de direitos. Por outro lado, o princípio da continuidade de todos os direitos e liberdades previamente vigentes, já anteriormente referido, não foi aqui observado, tendo-se omitido a manutenção do direito de amparo. Daqui resultou, na prática, a erradicação do instituto do amparo de direitos fundamentais, enquanto remédio geral dos direitos fundamentais na sua globalidade, daí termos então falado do amparo na ordem jurídica de Macau *in memoriam*⁸⁵.

*É verdade, todavia, que escrevemos sobre a nossa convicção da possibilidade de defender, com diversos argumentos, a manutenção/continuidade do recurso de amparo, ainda que o «recurso de amparo» desapareça dos textos legais*⁸⁶. E, para tanto, fazíamos apelo a princípios como os da continuidade do ordenamento jurídico, da sua manutenção basicamente inalterado, do indivíduo mais favorecido, entre outros. Todavia, havia que não olvidar dificuldades para e na imposição desta tese. Que, lamentavelmente, *não vingou*, desde logo na jurisprudência⁸⁷.

⁸⁵ *La institución del recurso de amparo de los derechos fundamentales y la justusofonia – los casos de Macau y Cabo Verde*, em *El Derecho de Amparo en el Mundo*, obra colectiva coordinada por Héctor Fix-Zamudio e Eduardo Ferrer-Macgregor, IIJ/UNAM, Porrúa, México, 2006, página 901. «*Frustrada, na RAEM, a consagração da figura do recurso de amparo — o instrumento mais idóneo de controlo jurisdiccional das violações aos direitos fundamentais*», afirma João Albuquerque, *Os Direitos Sociais na Lei Básica de Macau, Segundas Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa – direitos fundamentais – consolidação e perspectivas de evolução*, Leonel Alves/Paulo Cardinal, coords., Macau, 2016, página 127.

⁸⁶ Veja-se também Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, VI, Coimbra Editora, 2001, página 56, onde afirma que, à luz da Declaração Conjunta, o instituto subsistirá na ordem jurídica de Macau.

⁸⁷ Paulo Cardinal, *La institución del recurso de amparo de los derechos fundamentales y la justusofonia – los casos de Macau y Cabo Verde*, em *El Derecho de Amparo en el Mundo*, obra colectiva coordinada por Héctor Fix-Zamudio e Eduardo Ferrer-Macgregor, IIJ/UNAM, Porrúa, México, 2006, página 924. O Tribunal de Última Instância já se pronunciou, por duas vezes, - e expressamente - quanto à não sobrevivência do amparo na ordem jurídica da RAEM afirmando-se não mais haver o direito de impugnar decisões judiciais inconstitucionais, acórdãos exarados nos processos n.ºs 1/2000 e 2/2000 que sufragam, aliás, a posição do Ministério Público ali expendida «*o ordenamento jurídico da Região Administrativa Especial de Macau não prevê (...) qualquer meio extraordinário de impugnação, nomeadamente o que se encontrava contemplado no artigo 17.º, n.º 1, da Lei n.º 112/91, de 29 de Agosto*». Subjacente a esta tese está, nomeadamente, a visão restrita que se impôs, quanto ao âmbito do princípio da continuidade, a qual levou à desconsideração *in toto* da lei portuguesa onde estava estabelecido o recurso de amparo, como a confusão do amparo com um meio de fisca-

José Melo Alexandrino, apresenta uma tese diferente que, todavia, redundará, *mutatis mutandis*, no mesmo efeito de negação na praxis⁸⁸ embora *de jure* se defendendo a sua possível sobrevivência. O autor diz-nos que a referida Lei n.º 9/1999 não extinguiu o amparo, «*apenas não o previu*»⁸⁹. Desta assunção, e de outras como a referência ao princípio da continuidade, afirma que «*o que sucede é que o recurso de amparo (...) está adormecido, por falta de uma lei concretizador*» e, «*Em suma, não houve ruptura, nem o recurso de amparo deve ser reinstituído; o que está em causa é apenas uma restauração, um despertar do (mal amado) amparo, sendo que nada na Lei Básica impede esse despertar*»⁹⁰.

A verdade é que, até este momento, nenhuma lei decidiu ressuscitar ou despertar o amparo de direitos fundamentais⁹¹.

Mas, é mister dizer, permanecem no ordenamento jurídico da RAEM os chamados amparos inominados⁹², ou seja, uma *tutela ju-*

lização constitucional de normas. Sublinhando este último sentido, veja-se José Melo Alexandrino, *O Sistema de Direitos Fundamentais na Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau*, CFJJ, 2013, páginas 149 e 150.

⁸⁸ Mesmo defendendo a tese de que o amparo não foi extinto na ordem jurídica de Macau, afirma o autor que «*o mesmo é impraticável enquanto não for devidamente regulamentado*», José Melo Alexandrino, *O Sistema de Direitos Fundamentais na Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau*, CFJJ, 2013, página 163.

⁸⁹ *O Sistema de Direitos Fundamentais na Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau*, CFJJ, 2013, página 152.

⁹⁰ *O Sistema de Direitos Fundamentais na Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau*, CFJJ, 2013, página 153.

⁹¹ Elaboramos, a quem pudesse tal interessar, um articulado de uma *Lei de Enquadramento do Regime Jurídico do Sistema de Garantia dos Direitos e Liberdades Fundamentais – Uma Proposta de Reflexão*, onde instituíamos e regulamentávamos um *Recurso de protecção de direitos fundamentais* (dada a reacção que, por vezes, o *nomen juris* amparo, suscita em Macau), em *Estudos de Direitos Fundamentais no contexto da JusMacau – Entre a autonomia e a continuidade*, CREDDM/Fundação Rui Cunha, Macau, 2015, páginas 693 e seguintes.

⁹² Sobre estes remédios, Paulo Cardinal, *Breves notas sobre os direitos de reunião e de manifestação e a tutela judicial especial de um amparo inominado em Macau*, em *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. III, Coords. Paulo Otero/Fausto de Quadros/Marcelo Rebelo de Sousa, Coimbra Editora, 2012, páginas 179 e seguintes, idem, *Notas sobre o Regime Jurídico Geral da Protecção de Dados Pessoais - Em Particular no que Respeita a Regimes Normativos de Especialidade e à Tutela Judicial Especial Amparante*, em *Estudos de Direitos Fundamentais no contexto da JusMacau – Entre a autonomia e a continuidade*, CREDDM/Fundação Rui Cunha, Macau, 2015, páginas 617 e seguintes, José Melo Alexandrino, *O Sistema de Direitos Fundamentais na Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau*, CFJJ, 2013, páginas 151 e 162 e 163.

risdiccional especial amparante, expressamente previstas em leis avulsas, em sede de protecção do direito de reunião e de manifestação⁹³ e em sede de protecção de dados pessoais⁹⁴, este um pouco ao jeito de um *habeas data* transmutado em recurso de amparo direccionado para a tutela destes direitos fundamentais de privacidade⁹⁵.

Ou seja, apesar da penumbra e da inacção, vero é que em Macau ainda sobrevivem às claras dois amparos inominados de direitos fundamentais específicos - e, porventura, adormecido ou exilado, o amparo geral de direitos fundamentais – pelo que se poderá ousar dizer que, afinal, também nesta matéria a Constituição mexicana de 1917 se continua a fazer sentir. Ainda que de um modo extraordinariamente remoto.

⁹³ Lei n.º 2/93/M, de 17 de Maio, Direito de Reunião e Manifestação, alterada pela Lei n.º 16/2008, «Artigo 12.º, (Recurso), 1. Das decisões das autoridades que não permitam ou restrinjam a realização de reunião ou manifestação, cabe recurso para o Tribunal de Última Instância, a interpor por qualquer dos promotores no prazo de 8 dias contados da data do conhecimento da decisão impugnada. 2. O recurso é interposto directamente, minutado sem dependência de artigos, processado com dispensa de pagamento prévio de preparos e com indicação de todas as diligências de prova. 3. A autoridade recorrida é citada para responder, querendo, no prazo de 48 horas, sem dependência de artigos, sendo a decisão proferida nos 5 dias imediatos. 4. Não é obrigatória a constituição de mandatário judicial.». Este meio tem sido usado com bastante frequência e, em diversos casos, com sucesso.

⁹⁴ Lei n.º 8/2005, Lei da Protecção de Dados Pessoais, «Artigo 29.º Tutela jurisdiccional especial - 1. De decisão proferida por tribunal cabe sempre recurso para o Tribunal de Última Instância com fundamento em violação de direitos fundamentais garantidos na presente lei, sendo o recurso directo e per saltum, restrito à questão da violação e revestindo carácter urgente. 2. Sem prejuízo do disposto no número anterior, cabe recurso para o tribunal administrativo de actos administrativos ou da simples via de facto de poderes públicos, com fundamento na violação de direitos fundamentais garantidos na presente lei o qual reveste carácter urgente. 3. À tramitação processual dos recursos de tutela jurisdiccional especial previstos nos números anteriores aplica-se, com as devidas adaptações, o disposto no artigo 7.º do Código de Processo Civil e subsidiariamente, e com as necessárias adaptações, a lei de processo civil e a lei do processo administrativo respectivamente, com observância do disposto nos números anteriores.». Desconhece-se a sua utilização na prática judiciária de Macau.

⁹⁵ De referir que em vários projectos de lei que pretendiam regulamentar a liberdade sindical, não tendo sido aprovados, eram preconizadas normas de tutela judicial inspiradas nestes dois meios de amparo inominado.

A PRESENÇA REMOTA, TRANSLÚCIDA E INDIRECTA DA CONSTITUIÇÃO MEXICANA DE 1917 NA ORDEM CONSTITUCIONAL DE MACAU

Aqui chegados importa então concluir o percurso avançando com as conclusões que, em nosso entender, correspondem ao desafio-pergunta lançado sobre se a relação da Constituição Mexicana de 1917 com a actual ordem constitucional de Macau é uma relação de influência ou de indiferença. Estamos em crer que é uma relação mais complexa, mais ambígua e que não se matiza em termos claros e distintos entre uma pura influência e uma pura indiferença. É, outrossim, surpreendida uma relação de influência todavia pautada por elementos indirectos, longínquos, translúcidos, remotos.

Em suma:

a) Continua a verificar-se a presença de alguma influência da Constituição mexicana de 1917 na ordem constitucional da Região Administrativa Especial de Macau na temática do constitucionalismo social;

b) Difícil de lobrigar mas, apesar de tudo, pode verificar-se ainda a presença de influência indirecta da Constituição mexicana de 1917 na ordem jurídica de Macau na temática do direito de amparo de direitos fundamentais.

Isto é, e tal como se intuía das primeiras palavras deste texto, a influência da Constituição Mexicana na Constituição de Macau, não é uma constatação segura e directa e imediata da influência daquela nesta, mas não se pode, em rigor, concluir pela indiferença desta, isto é, inexistência de qualquer grau de influência da *Constituição de Querétaro*, pelo que se logra achar uma possível raiz, ainda que remota, translúcida, escondida sob o véu da bruma dos tempos e das várias etapas que se vão sucedendo de circulação e importação e reexportação de institutos. É o que sucede quer no constitucionalismo social, quer mesmo no amparo de direitos fundamentais, pelo que, apesar de receios iniciais, este não foi, ao final, um percurso estéril.

O caso de Macau, ainda que em medida reduzida e indirecta e mediata, constitui também um pequeno bloco mais que testemunha - precisamente por abraçar determinados institutos criados por, ou dinamizados por a grande valia - e o grande contributo da Constituição

Mexicana de 1917 ao constitucionalismo moderno e ao direito constitucional comparado.

Terminamos pedindo uso de palavras de outrem:

«A casi nadie escapa, y muchísimo menos al jurista avezado en materia constitucional, que a partir del año de 1917 el mundo entero asiste a la aparición de un nuevo derecho constitucional. La constitución mexicana de 1917, en efecto, vino a marcar una nueva ruta al constitucionalismo (...) transformando (...) imagen y esencia de él...»,

JORGE SAYEG HELÚ,

*El constitucionalismo social mexicano - La integración constitucional de México (1808-1986)*⁹⁶



⁹⁶ Tomo 1, 1987, página 25.

LA CARTA MAGNA MEXICANA DE 1917 Y LOS DERECHOS SOCIALES EN LAS CONSTITUCIONES DE LOS PAÍSES EUROPEOS SOCIALISTAS: INFLUENCIAS, PARALELISMOS, CONTRASTES

Krystian Complak*

APUNTES PRELIMINARES

El objetivo principal de este estudio es considerar desde las posibles conexiones hasta la influencia de la centenaria carta mexicana sobre la regulación constitucional de los derechos de la segunda generación en los países del antiguo campo socialista. En la primera parte, presentaré las disposiciones del texto original de la Constitución de Querétaro en materia de los derechos sociales, con sus significativas evoluciones con anterioridad a la descomposición del bloque comunista, iniciado en la década de los ochenta del siglo pasado. La exposición de la problemática de referencia en la antigua comunidad de “países fraternos” la haré al dividirla en dos apartados. El primero de ellos será consagrado a la regulación constitucional de los derechos sociales en la Unión Soviética, y el segundo, en los países de la Europa central y sureña imitadores del sistema de gobierno comunista según el molde de la Rusia roja.

Lo precederá la descripción de los fundamentos de la concepción comunista sobre derecho, en general, y cartas magnas, en particular. Luego, examinaré los preceptos de las cuatro leyes supremas soviéticas sobre la configuración de estos derechos, para enseguida presentar las

* Universidad de Wrocław, Polonia.

normas constitucionales de los Estados del llamado “socialismo real”, creadas a raíz de la Segunda Guerra Mundial en los países limítrofes con la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), incluidos tres países sin la frontera común con aquella potencia mundial, a saber: la República Democrática de Alemania (RDA), Yugoslavia y Albania.

Esto me permitirá buscar los posibles lazos, similitudes y/o diferencias entre las novedades mexicanas en la materia y las introducidas al respecto en la parte oriental del viejo continente antes de la caída del Muro de Berlín. Finalmente, terminaré con un par de conclusiones en cuanto a los posibles puntos de coincidencia entre ambos proyectos constitucionales en el ámbito social.

Se trata de una primera incursión científica en este delicado tema de la radiación del constitucionalismo de Querétaro sobre las leyes supremas soviéticas y de sus aliados del extinto bloque de las llamadas “democracias populares”. Mientras siga en pie la Constitución mexicana de 1917, la problemática reviste un cierto valor de actualidad. Considero que, en adelante, con los nuevos hechos revelados y con la nueva documentación a la disposición de los prospectivos investigadores será posible inquirir más en la temática aquí apenas abordada.

LA CONSTITUCIÓN DE QUERÉTARO

El aporte original en materia patrimonial

La más grande originalidad de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, del 5 de febrero de 1917, concernía al modo de regular las relaciones de propiedad. La posesión, especialmente de los medios de producción —para echarse mano del lenguaje marxista—, determina el sistema político, económico y social del país. El efecto inmediato de la novedad de la carta de Querétaro había sido la nacionalización de todas las “tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional”. Se creó —en otras palabras— la llamada “propiedad originaria de la Nación”. Ésta se plasmó, en particular, en el dominio directo de la Nación sobre “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, los yacimientos y las salinas, los productos derivados de la descomposición

de las rocas, los fosfatos, los combustibles minerales sólidos y todos los carburos de hidrógeno. Como propiedad de la Nación se proclamó también a las aguas de los mares territoriales, en la extensión y términos del derecho internacional.

A todos estos componentes del dominio de la Nación se les atribuyeron las cualidades de inalienabilidad e imprescriptibilidad. Ellos sólo podrían ser concesionados por el gobierno federal, a los particulares o sociedades civiles o comerciales extranjeras “constituidas conforme a las leyes mexicanas, con la condición de que se establezcan trabajos regulares para la explotación de los elementos de que se trata y se cumpla con los requisitos que prevengan las leyes”. En cuanto a la propiedad de los particulares, se dispuso que “la Nación tendrá todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación para hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y para cuidar de su conservación”.

Con el objetivo arriba señalado, el artículo 27 de la Constitución autorizó la emisión de las medidas necesarias para el fraccionamiento de los latifundios y para el desarrollo de la pequeña propiedad, puesto que los “pueblos, rancherías y comunidades que carezcan de tierras y aguas, o no las tengan en cantidad suficiente para las necesidades de su población tendrán derecho a que se les dote de ellas, tomándolas de las propiedades inmediatas, respetando siempre la pequeña propiedad”. Todo esto sería posible, independientemente de la posibilidad constitucional de hacer las expropiaciones por causa de utilidad pública.

Además de eso, el citado artículo constitucional estipuló que las leyes de la Federación y de los estados, en sus respectivas jurisdicciones, determinarían los casos en que sería de utilidad pública la ocupación de la propiedad privada y cómo la autoridad administrativa podría hacer la declaración correspondiente. Igualmente, la carta de Querétaro dispuso que el precio que se fijaría como indemnización a la cosa expropiada se basaría en la cantidad del valor fiscal que de ella figure en las oficinas catastrales o recaudadoras. A pesar del principio de que las acciones tomadas por la Nación, en virtud de las prescripciones referidas, se harán efectivas por el procedimiento judicial, los tribunales correspondientes podrían dar orden a las autoridades administrativas,

a las operaciones de “ocupación, administración, remate o venta de las tierras o aguas de que se trate”, sin que “en ningún caso pueda revocarse lo hecho por las mismas autoridades antes que se dicte sentencia ejecutoriada”.

No obstante, el Constituyente de Querétaro reconoció la posibilidad de atribuir la propiedad originaria —fuera del Estado—¹ a los particulares. Aquí se introdujeron algunas notables restricciones, específicamente las relacionadas con los extranjeros y/o con las asociaciones o sociedades. En cuanto a los primeros, el artículo 27 de la carta de Querétaro señaló que sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización (y las sociedades mexicanas) tendrían derecho para adquirir el dominio de las tierras, las aguas y sus accesiones, o para obtener concesiones de explotación de minas, aguas, combustibles y minerales en la República mexicana. El Estado podría otorgar el mismo derecho a los extranjeros, siempre y cuando convengan ante la Secretaría de Relaciones Exteriores 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, todo esto bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubieren obtenido en virtud del mismo. Sin embargo, en una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrían los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas.

Por otro lado, dicho artículo hizo privar del derecho de adquirir, poseer o administrar bienes raíces y los capitales a todas las organizaciones confesionales, “cualquiera que sea su credo”. Es más, las que tuvieran por sí o por interpósita persona los bienes pertenecientes al dominio de la Nación, podrían perderlos fácilmente a través de una acción popular. En este caso, la prueba de presunciones sería suficiente para declarar fundada la denuncia. Los templos han sido convertidos, con base en la Constitución de Querétaro, en propiedad de la Nación, cuyo gobierno federal había sido autorizado a determinar cuáles de ellos continuarían “destinados a su función”.

¹ Es decir, a los poderes públicos de diversa índole y bajo la jurisdicción de multitud de instituciones y/o organismos estatales, incluidos paraestatales y los que se encuentran en las empresas privadas de interés público.

Asimismo, estas restricciones abarcaron a las instituciones de beneficencia pública o privada: podrían adquirir sólo los bienes raíces indispensables para su objeto de actividad o capitales impuestos sobre mismos, “siempre que los plazos de imposición no excedan de diez años”. Las sociedades comerciales por acciones no podrían adquirir, poseer o administrar fincas rústicas; pero los que se constituyeron para explotar cualquier industria fabril, minera, petrolera o para algún otro fin que no sea agrícola podrían adquirir, poseer o administrar terrenos únicamente “en la extensión que sea estrictamente necesaria para los establecimientos o servicios de los objetos indicados, y que el Ejecutivo de la Unión, o los de los Estados, fijarán en cada caso”. Incluso, los bancos debidamente autorizados fueron afectados por las limitaciones de esta índole.

Derechos sociales en la Constitución de Querétaro

El texto original de la carta magna de 1917 no consagró muchos derechos sociales. Todas las disposiciones sobre el particular habían sido ubicados en tres artículos: 3o., 4o. y 123. Si el primer precepto se limitó a determinar sólo un derecho social, el último artículo mencionado englobó todo un conjunto de éstos.

El derecho a la educación

Cuando se promulgó el 5 de febrero de 1917 la vigente Constitución mexicana, su artículo 3o. previó el derecho a la educación primaria gratuita para todos. Se permitió tanto la enseñanza “oficial” (del Estado o pública en un lenguaje más claro) como la que estaba a cargo de particulares; sin embargo, en todos los establecimientos la instrucción debería ser laica, incluso en los niveles superiores. Se prohibió totalmente el derecho de establecer o dirigir escuelas de instrucción primaria por las corporaciones religiosas o los ministros de culto. Los particulares podrían manejar únicamente las escuelas primarias bajo la vigilancia oficial.

Al reformar dicho artículo en 1934 se restringió todavía más esta educación supuestamente “libre”. Según la adición al artículo 3o., la instrucción impartida por el Estado debería ser “socialista”, excluyen-

do toda la doctrina religiosa. Con relación a eso, el sistema educacional estatal tendría que combatir “el fanatismo y los prejuicios, para lo cual la escuela organizaría sus enseñanzas y actividades en forma que permita crear en la juventud un concepto racional y exacto del Universo y de vida estatal”.

La enseñanza privada en los tres grados (primaria, secundaria y normal) había sido supeditada al severo régimen de concesiones. En este contexto, también los planteles particulares tendrían que ajustarse, sin excepción alguna, a la cosmovisión atea y estar a cargo “de personas que, en concepto del Estado, tengan suficiente preparación profesional, conveniente moralidad e ideología acorde con este concepto”. En tal virtud —proseguía la nueva redacción constitucional de 1934—, “las corporaciones religiosas, los ministros de los cultos, las sociedades por acciones que exclusiva o preferentemente realicen actividades educativas... no intervendrán en forma alguna en escuelas primarias, secundarias o normales, ni podrán apoyarlas económicamente”. En todo caso, la formación de planes, programas y métodos de enseñanza correspondería al Estado.

El funcionamiento de los planteles particulares fue supeditado a la “autorización expresa” del poder público. Es más, el Estado podía revocar en cualquier tiempo estos permisos; contra estas decisiones se excluyó, al propio tiempo, recursos o juicios algunos. Las autoridades públicas podrían retirar discrecionalmente, incluso, el reconocimiento de validez oficial a los estudios ya hechos en planteles particulares. El Congreso de la Unión había sido dotado de la facultad de expedir las leyes necesarias, entre otras cosas, a “señalar las sanciones aplicables a los funcionarios que no cumplan o no hagan cumplir las disposiciones relativas, lo mismo que a todos aquellos que los infrinjan”.

Los derechos laborales

Aunque el constituyente originario no estableció el derecho al trabajo a secas,² sí proclamó que “a ninguna persona podrá impedirse que se

² El derecho al trabajo para todos introdujo sólo la reforma constitucional del 19 de diciembre de 1978, es decir, casi 62 años después de la aprobación de la carta de Querétaro.

dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos”. En otras palabras, se señaló en el artículo 4o. constitucional la libertad de trabajo, la cual podría ser limitada sólo por determinación judicial, “cuando se ataquen los derechos de tercero”, o por una resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, “cuando se ofendan los derechos de la sociedad”. Luego de esta proclamación general, el artículo en cuestión incorporó la limitación de que nadie podría ser privado del producto de su trabajo o liberado de la obligación de poseer el título para su ejercicio.

Estas restricciones las complementó el artículo siguiente. Según éste, nadie podría “ser obligado a prestar trabajos personales, sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento”. Los servicios públicos sólo serían obligatorios en los términos que establecieran las leyes respectivas. Además, el Estado no podría permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad del hombre. La disposición de marras vedó también convenios “en que el hombre pacte su proscripción o destierro, o en que renuncie temporal o permanentemente a ejercer determinada profesión, industria o comercio”.

A esta parte protectora general había sido añadido un conjunto de importantes prohibiciones, obligaciones y ventajas fijadas en el artículo 123 de la Constitución de Querétaro.³ En primer lugar, esta disposición determinó que la duración de la jornada máxima sería de ocho horas; que la jornada máxima de trabajo nocturno sería de siete horas; que el trabajo de los niños menores de doce años no podría ser objeto de contrato, y que a los jóvenes menores de dieciséis años y a las mujeres en general les quedaban prohibidas las labores insalubres o peligrosas; a unas y a otros se les prohibió el trabajo nocturno industrial y en los establecimientos comerciales después de las diez de la noche, y los jóvenes mayores de doce años y menores de dieciséis tendrían como jornada máxima seis horas.

³ La carta de 1917, amén de concebir las diferentes interdicciones laborales como un derecho de libertad, incorporó un elenco positivo de los derechos de este ámbito, como el derecho al descanso, a la seguridad del empleo o al salario mínimo del trabajador. Por eso, se puede decir que este vasto artículo engloba, por lo menos, cuatro derechos sociales. En lo que se refiere a la noción de derecho de libertad, véase la nota 27.

En relación con el derecho al descanso, el artículo 123 dispuso que “por cada seis días de trabajo”, un operario podría disfrutar por lo menos de “un día de descanso”. Durante los tres meses anteriores al parto, las mujeres no podrían desempeñar “trabajos físicos que exijan esfuerzo material considerable”. En el mes siguiente al parto, ellas debían gozar “forzosamente de descanso, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por su contrato”. En el periodo de lactancia, la Constitución impuso “dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para amamantar a sus hijos”.

Otro tema que abordó el Constituyente originario de Querétaro se conectó con el salario mínimo del trabajador. Éste tendría que ser el que se considere suficiente, atendiendo a las condiciones de cada región, “para satisfacer las necesidades normales de la vida del obrero, su educación y sus placeres honestos, considerándole como jefe de familia”. La fijación del tipo de salario mínimo ha sido confiado a “comisiones especiales que se formarán en cada Municipio, subordinadas a la Junta Central de Conciliación”. Amén de eso, el artículo 123 puntualizó que el salario mínimo quedaría exceptuado de “embargo, compensación o descuento”; debería regir el principio que “para el trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad”, y la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas, además de la obligación de pagar el salario únicamente en moneda de curso legal.

El constituyente originario predeterminó que el pago por las horas extra de trabajo sería 100% más de lo fijado para las horas normales. Asimismo, se consideraban como nulas y no obligatorias las cláusulas que fijaran un salario que no fuera remunerador a juicio de las juntas de conciliación y arbitraje; las que estipularan un plazo mayor de una semana para la percepción del jornal; las que permitieran retener el salario en concepto de multa, o las que señalaran un lugar de recreo, fonda, café, taberna, cantina o tienda para efectuar el pago del salario.

Los patronos en toda negociación agrícola, industrial, minera o de cualquiera otra clase de trabajo deberan proporcionar a los trabajadores “habitaciones cómodas e higiénicas, por las que podrán cobrar rentas que no excederán del medio por ciento mensual del valor catastral de

las fincas”, e, igualmente, establecer “escuelas, enfermerías y demás servicios necesarios a la comunidad”. Respecto al primer compromiso, la Constitución calificó “de utilidad social, las sociedades cooperativas para la construcción de casas baratas e higiénicas”, destinadas a ser adquiridas en propiedad, en plazos determinados, por los trabajadores.

En lo que concierne al segundo compromiso constitucional, también se declaró de utilidad social el establecimiento de cajas de seguros populares, de invalidez, de vida, de cesación involuntaria de trabajo, de accidentes y de otros con fines análogos, por lo que “tanto el Gobierno federal como el de cada Estado, deberán fomentar la organización de instituciones de esta índole, para infundir e inculcar la previsión popular”. Asimismo, en aglomeraciones donde su población trabajadora excediera de doscientos habitantes, debería reservarse un espacio de terreno, el cual no será menor de 5,000 metros cuadrados, para el establecimiento de “mercados públicos, instalación de edificios destinados a los servicios municipales y espacios recreativos”.

De igual forma, el máximo texto de 1917 resolvió que los empresarios serán responsables de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales de los trabajadores, por lo cual los patronos deberían pagar la indemnización correspondiente de acuerdo con lo que las leyes determinaran. Esta responsabilidad subsistiría aun en el caso de que el patrono contrate el trabajo por un intermediario. Con el objetivo de cuidar la salud y la vida de los trabajadores, el constituyente originario impuso a los patronos el deber de observar —en la instalación de sus establecimientos— los preceptos legales sobre higiene y salubridad, y adoptar las medidas adecuadas para prevenir accidentes en el uso de las máquinas, instrumentos y materiales de trabajo.

La carta de Querétaro estableció importantes reglas en las relaciones entre los obreros y los empresarios, dándoles —en primer lugar— el derecho de coligarse en defensa de sus respectivos intereses. En consecuencia, tanto los primeros como los segundos recibieron el derecho a la huelga y al paro, respectivamente. Estos privilegios habían sido circunscritos correspondientemente. Las huelgas serían lícitas cuando tuvieran por objeto conseguir el equilibrio entre los diversos factores de la producción, armonizando los derechos del trabajo planeado con los del capital. En los servicios públicos, sus empleados deberían dar

aviso sobre la suspensión del trabajo planeado, con diez días de anticipación, a la junta de conciliación y arbitraje.⁴ Se prohibió las huelgas únicamente a los obreros de los establecimientos fabriles militares del gobierno de la República y a los que cometerían actos violentos contra las personas o las propiedades.

Los paros forzados serían lícitos exclusivamente cuando el exceso de producción hiciera necesario suspender el trabajo para mantener los precios en un límite costeable, previa aprobación de la junta de conciliación y arbitraje. Si el patrono se negare a someter sus diferencias al arbitraje o a aceptar el laudo pronunciado por la junta, se daría por terminado el contrato de trabajo y quedaría obligado a indemnizar al obrero con el importe de tres meses de salario, además de la responsabilidad que le resulte del conflicto. De todas maneras, el patrón que despidiera a un obrero sin causa justificada o por haber ingresado a una asociación o sindicato, o por haber tomado parte en una huelga lícita, estaría obligado, a elección del trabajador, a cumplir el contrato o a indemnizarlo.⁵

EL SOCIALISMO ORIENTAL EUROPEO

Novedad teórica y práctica

Tanto la Revolución bolchevique de 1917 como —en menor grado— el paso de Estados del centro y sur-europeos al modelo socialista ruso significaron un nuevo reto para la doctrina marxista, la cual inspiró este cambio. Según las afirmaciones de sus fundadores, el reemplazo del régimen o de toda la formación socioeconómica debería ser una

⁴ Órgano integrado por igual número de representantes de los obreros y de los patronos, el cual bajo la rectoría del gobierno constituye la magistratura del trabajo. La naturaleza jurídica de las juntas de conciliación y arbitraje era muy polémica: verdaderos tribunales u órganos de mediación. De todas formas, se les consideraba como órganos jurisdiccionales. Véase la entrada sobre ellas por B. Ramírez Reynoso, en la obra colectiva *Diccionario jurídico mexicano. I-O*, México, Porrúa-UNAM, 1999, pp. 1875-1877.

⁵ El constituyente detallista de Querétaro previó otra situación peculiar, a saber: cuando el obrero se retire del servicio por falta de probidad de parte del patrono o por recibir de él o de sus dependientes o familiares que obren con su consentimiento o tolerancia, “malos tratamientos ya sea en su persona o en la de su cónyuge, padres, hijos o hermanos”.

consecuencia de la maduración del sistema capitalista a su última fase, después de la cual tendrían que llegar al poder sus oprimidos, es decir, el pueblo trabajador. Sin embargo, sin llegar a su última fase llamada “el imperialismo”, este sistema colapsó en uno de sus eslabones no muy fuerte, al que se juntó, a raíz de la Segunda Guerra Mundial, toda una familia de naciones pobres. Esta alteración de la doctrina original del denominado “materialismo histórico” provocó las distorsiones ulteriores en la construcción del socialismo en un solo país y, posteriormente, en el seno de un poco más de diez países.

Según la doctrina creada por Marx y Engels, en cada sociedad o en un Estado existirían dos elementos permanentemente interconectados: una base y su superestructura. La base quedaría constituida por el conjunto de las relaciones de producción, en cuyo centro está ubicado el tipo correspondiente de la propiedad dominante de los medios de producción. Cuanto menos de estos medios se encontraran en manos de particulares, el nivel de desarrollo de esta sociedad o de personas individuales sería más elevado. La superestructura sería, en cambio, un sistema de fenómenos sociales, engendrados por la base económica y que impactarían en la misma.

Armados de tales conceptos, los adeptos de esta cosmovisión procedieron a la desapropiación radical de los poseedores de bienes o medios de producción, que daban a estos últimos un fundamento independiente de sustento, hasta una influencia en el poder público. Los detentores de la coerción estatal, en cambio, estaban autorizados a hacer todo, incluso aplicar el terrorismo rojo. En los periodos de paz social, la dirección de la vida pública pertenecía a los partidos comunistas, tanto en la escala nacional como dentro del bloque entero; todo esto se encontraba encabezado por la URSS. Los individuos dentro de tales sociedades eran tan sólo asalariados y empleados de la maquinaria burocrática y productiva de estos Estados. Las personas se vieron reducidas a tornillos insignificantes o apenas como “conjuntos de relaciones sociales”.⁶

Conforme a este enfoque del derecho, incluidas las cartas magnas nacionales (leyes centrales estatales), el sistema jurídico había sido con-

⁶ O como escribía Majakovski, el gran poeta de la Revolución rusa de Octubre de 1917: “un individuo es nada, un individuo es cero”.

siderado como una parte de la mencionada superestructura. Su papel en la cosmovisión comunista es ambigua. Por un lado, una Constitución estaría determinada enormemente por la base económica del régimen, y por otro lado, ella podría influir en cierta medida en la misma. En tales circunstancias es difícil de distinguir a los derechos humanos, que por definición son naturales y oponibles al Estado, especialmente a sus órganos represivos, incluidos los tribunales. El individuo en el régimen de inspiración comunista no desempeñaba las funciones sociales “como una unidad autónoma, aislada, sino mancomunadamente con las otras personas dentro de las comunidades, de las colectividades sociales”.⁷

En dichas condiciones hablar de la autonomía de los derechos individuales sería una crasa tontería. Su extensión, y especialmente las posibilidades de su disfrute por un hombre o una mujer, estaban supeditadas a sus roles en la producción y en la vida político-ciudadana. Las fuentes de la actividad social del individuo —leemos en el diccionario arriba citado— “radican, a la postre, en la actividad del grupo social, de la colectividad, en la combinación adecuada de los estímulos materiales y morales en el trabajo, en una labor ideológico-educativa eficaz”.

Si a esto agregamos que la construcción del comunismo en estos Estados hacía hincapié en la “tarea de formar un individuo nuevo, desarrollado multilateral y armónicamente, cuyas características serán la riqueza espiritual, la pureza moral y la perfección física”, vemos que el margen de la libertad y de los derechos de sus ciudadanos ha sido bastante restringido.

La democracia bolchevique

Según los adeptos de la ideología marxista (denominada en cierto momento como marxista-leninista-estalinista),⁸ en vez de la democracia se debería implantar en los Estados bajo examen la dictadura del proleta-

⁷ Voz “El individuo en el socialismo”, en A. Rumiántsev (coord.), *Diccionario de comunismo científico*, Moscú, Progreso, 1985, p. 202.

⁸ Si descontamos a J. V. Stalin, después de su muerte, y F. Engels, debido a su papel menor en la creación de la utopía en cuestión, este giro se redujo al binomio marxista-leninista. Los continuadores contemporáneos de esta concepción del mundo renuncian, incluso, al segundo “profeta”, procurando así hacer olvidar las páginas negras de su práctica del socialismo en un solo país.

riado. Es más, en consonancia con estos ideólogos y detentadores del poder socialista, esta dictadura sería del tipo superior que una democracia socialista o popular, en la cual el proletariado utilizaría su poder para aplastar la resistencia de los explotadores, consolidar su victoria, incluso aplicar las medidas coercitivas a todas las fuerzas sociales hostiles a la revolución socialista. Esto podría manifestarse en la actividad de los órganos punitivos del Estado; en la imposición de actos legislativos y disposiciones legislativas limitadores de los derechos políticos y de propiedad, y en la introducción del poder —como escribía V. I. Lenin— “que se apoya directamente en la violencia y no está coartada por ley alguna”.⁹

Lo peor en esta cosmovisión ha sido la proclamación de la inevitabilidad de la dictadura del proletariado. Como resumía bien su pensamiento al respecto V. L. Lenin: “O el terror de los guardias blancos, o la dictadura del proletariado”. Es más, según este caudillo comunista: “la renuncia total a la violencia y, en general, a la Dictadura del proletariado... en el período de transición del capitalismo al socialismo, es decir en el período de una áspera lucha de clases entre la burguesía y la clase obrera, es irrealizable”.¹⁰

Sin embargo, las formas de la violencia aplicadas de manera brutal en los primeros momentos de la instauración de estos regímenes se debilitaban con el tiempo.¹¹ La liquidación de las clases explotadoras y la construcción del socialismo significaron la desaparición del objeto de aplastamiento de clase dentro del país. Gradualmente, la dictadura del proletariado cedía el paso a la democracia socialista como un régimen de menor grado de opresión. En los países de la llamada “democracia popular”, esto se expresó en la admisión del pluralismo restringido en forma de colaboración del partido dirigente comunista (obrero) con

⁹ V. L. Lenin, “La revolución proletaria y el renegado Kautsky”, *Obras completas (en la lengua rusa)*, Moscú, 1938, t. 37, p. 245.

¹⁰ V. L. Lenin, “Planes del folleto «El impuesto en especie», *Obras completas (en la lengua rusa)*, t. 43, p. 384.

¹¹ Con excepción del gobierno de J. V. Stalin por casi tres décadas, durante las cuales reinaba su teoría de la agudización de las contradicciones de clase en la medida del avance de la construcción del socialismo. Ésta daba pábulo a toda clase de abusos de poder.

los partidos no proletarios, pequeñoburgueses. Se suavizó, incluso, la censura de los medios masivos de comunicación.

Noción de la Constitución socialista

Los expertos en esta materia de la época, al definir la Constitución soviética, decían que es “la Ley Fundamental de un Estado de tipo nuevo, socialista... destinado en consonancia con los intereses y la voluntad de la clase dominante (en el Estado socialista de todo el pueblo: de toda la sociedad), a expresar y fortalecer los cimientos y las instituciones principales del régimen social y estatal”.¹² No obstante, Lenin y el Partido Comunista de la Unión Soviética (PCUS) partían siempre del supuesto de que la Constitución no sólo es un acto jurídico, sino que antes que nada se trata de un documento político trascendental.

A esto se agregaba la tesis según la cual la Constitución soviética no se reducía a refrendar lo que ya se había logrado y existe en la vida real, sino que ella reflejaba también los objetivos y tendencias del desarrollo ulterior de la sociedad y del Estado, y señalaba tareas en relación con ello. Por eso, todas las cartas magnas que regían en las distintas fases de desenvolvimiento del Estado soviético contenían las llamadas “normas programáticas”. En adición a esto se enseñaba que el estatuto supremo soviético incluía normas, las cuales se podían dividir en dos grupos. En el primero de ellos se encontraban las normas-principios y las normas-declaraciones. Ellas consolidarían los principios fundamentales del régimen social y estatal soviético, además de desempeñar —como se decía en aquel tiempo— importantes funciones coordinadoras e integradoras. Aquí se puede mencionar el artículo 2o. de la Constitución de 1936, según el cual la base de la URSS son los “Soviets de los

¹² L. Grigorian *et al.*, *Conocimientos básicos acerca de la Constitución soviética (manual)*, Moscú, Progreso, 1980, pp. 3 y ss. Es la traducción al español del libro intitulado en ruso *Osnovy znaniy o sovietskoj konstituciji*. Se trata de una definición de la segunda mitad del siglo pasado, es decir, del denominado “deshielo”, luego de la muerte de J. V. Stalin durante la gestión de los dos primeros secretarios del PCUS, a saber: N. S. Chrustsev (1953-1964) y L. I. Brezniev (1964-1982). A pesar de la liberalización del régimen seguía la represión de sus opositores, bautizados por la prensa occidental como “disidentes”.

diputados de los trabajadores, desarrollados y fortalecidos como consecuencia del derrocamiento del poder de los terratenientes y capitalistas y de la conquista de la dictadura del proletariado”.

El segundo grupo de normas constitucionales estaría formado por normas de acción más directa e inmediata, que no necesitaban su especificación y su desenvolvimiento ulterior en otros actos jurídicos. En ellas —según las manifestaciones doctrinales y prácticas— se encontraban determinadas, con mucha más concreción, las actividades de los órganos estatales, etcétera. Un ejemplo paradigmático de las normas en cuestión serían las que fijaban la duración del mandato de los *soviets* de los delegados obreros y campesinos o la composición del Consejo de Ministros, o las que establecían las reglas de reforma de este máximo texto jurídico del país.¹³

En otros países socialistas también estaba en vigor una cierta concepción detallada de su ley sustantiva. Aquí vale la pena referirse a un constitucionalista patrio de posguerra, quien publicó en 1961 un libro bajo el epígrafe sugestivo *La Constitución como ley fundamental de la República Popular de Polonia*.¹⁴ El autor formuló los seis rasgos de la carta magna nacional y de otros Estados socialistas contemporáneos: 1) la regulación de asuntos constitucionales tanto políticos como socioeconómicos; 2) la reglamentación de las instituciones básicas del régimen, o sea, las que poseían una importancia política y social singular; 3) el proveimiento de la Constitución en la fuerza jurídica mayor que la de leyes ordinarias; 4) el establecimiento de su modo de modificación especial, es decir, más difícil que el llevado a cabo sobre la legislación ordinaria; 5) el modo de su institución (elaboración y aprobación) específico, que es diferente al de las leyes ordinarias y, 6) su nombre propio-distintivo. Como apuntaba S. Rozmaryn, todas estas cualidades deberían ser consideradas como un todo indisoluble.

¹³ Todo lo escrito arriba proviene de la obra colectiva citada en la nota anterior.

¹⁴ S. Rozmaryn, *Konstytucja jako ustawa zasadnicza Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej*, 2a. ed., Varsovia, PWN, 1967, pp. 52 y 53. Esta monografía ha sido traducida, entre otras lenguas, al ruso y al rumano, y fue conocida entre los constitucionalistas de todo el campo socialista; además, ostentaba un sinnúmero de recensiones tanto en mi país como en el extranjero.

Derechos del ciudadano

Sin entrar en la discusión sobre si hay y cuáles son las consecuencias de la distinción entre los conceptos “derechos del hombre” y “derechos humanos” —tan propia del constitucionalismo francés—,¹⁵ diré que la doctrina marxista (marxista-leninista-estalinista en su tiempo) rechazaba y sigue rechazando cualquier idea de la existencia de los derechos innatos e inalienables. Según los creadores del materialismo histórico, el derecho entero sería apenas una parte de la superestructura, dependiente por completo (o casi) de la base económica de la sociedad, el efecto de cambios en las formas de producción resultantes de las contradicciones incrustadas en estas formas. En este modelo, la importancia decisiva para estas transformaciones tendría el conflicto en la aludida base entre las fuerzas productivas y las relaciones de producción, cuyas manifestaciones están visibles en la superestructura.

Los ideólogos marxistas decían (y siguen diciendo) que los derechos humanos son la expresión de los intereses de la clase gobernante; ocultan la opresión de la clase obrera, y encubren las desigualdades de las sociedades de clases. Tan sólo la victoriosa revolución proletaria podría desbaratar esta mistificación al alterar a cabalidad las relaciones sociales y al nacionalizar los medios de producción. Teniendo en cuenta que ni Marx ni Engels crearon una concepción plena del Estado y del derecho, el derrocamiento del imperio zarista planteó ante el régimen bolchevique la cuestión de la definición de lo jurídico en el contexto del nuevo sistema, en general, y del estatuto legal de los ciudadanos, en especial.¹⁶

La necesidad de la definición del derecho de manera positiva en el nuevo régimen había sido planteada por las secuelas del incremento veloz de la economía de alta producción de mercancías a escala local y en el plano más amplio. Esto originaba su entendimiento variado.

¹⁵ V. Saint-James, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, Presses Universitaires de France, 1995.

¹⁶ La negación del derecho en la Unión Soviética ha sido tan fuerte que en sus primeras fases no se sabía cómo definir a los principios introducidos por los nuevos dueños del poder. A modo de ejemplo diré que en 1936 durante las negociaciones comerciales entre la URSS y los Estados Unidos, la delegación de este último país propuso acogerse a la comprensión de la propiedad tomada del derecho romano de la Antigüedad, con el fin de soslayar los gazapos semánticos. *Cfr.* J. Sondel, “Własność prywatna w prawie rzymskim”, *Własność prywatna*, Cracovia, 1993, pp. 19-22.

Los creadores del sistema soviético emprendieron la construcción de la nueva estatalidad, siendo pertrechados sólo por la tesis sobre la talante secundaria del derecho. Se esperaba, conforme a la doctrina marxista, que en la medida del avance del socialismo, el derecho iba a desaparecer gradualmente. Hablar en estas condiciones de los derechos humanos era contradictorio. En estos momentos ha sido urgente transformar al individuo en un hombre soviético, conectado y subordinado para con la sociedad y no en una personalidad independiente, para no decir más.¹⁷

Por eso, durante la época del socialismo se prefería hablar de los derechos ciudadanos que humanos o individuales. Un hombre, o un individuo, bajo el socialismo, sólo tenía libertades y derechos cuando era el ciudadano de un Estado. Al ser un apátrida o un ciudadano extranjero, no pudo valerse de su condición de hombre, puesto que no le pertenecían derechos humanos; únicamente por la gracia del Estado de su residencia podría disfrutar de los derechos definidos en las leyes. Un individuo como tal no tuvo una autonomía ni mucho menos los derechos absolutos de la personalidad. Si bajo el socialismo se hablaba en las Constituciones sobre los derechos del hombre, éste había sido conceptualizado como un miembro de la sociedad, considerado ante todo desde el ángulo de la peculiaridad de sus características sociales.¹⁸

CUATRO CONSTITUCIONES SOVIÉTICAS

La primera Constitución bolchevique fue aprobada a menos de nueve meses del triunfo de la Revolución de Octubre; es decir, el 10 de julio

¹⁷ No es casual que la definición formulada por el Colegio del Comisariato de la Justicia en los primeros años del régimen soviético, según la cual “el derecho es un sistema (o un orden) de las relaciones sociales, correspondientes a los intereses de la clase dominante, salvaguardado por su fuerza organizada”, haya sido acogida tan sólo en 1938. Cfr. P. Stuczka, “V zaschitu poniatia revolucionno marxistovo klasovoo prava”, *Vestnik Socialisticheskoy Academy*, núm. 3, 1923, p. 160. Esta definición adolece, incluso, desde el punto de vista lógico, de algunos defectos; por ejemplo, no conecta el derecho con el Estado; no se sabe tampoco quién puede ejercer la coacción y/o el apremio.

¹⁸ El *Diccionario de filosofía* (traducido de la 4a. ed. del *Filosofski Slowar*) define al hombre como “sujeto del proceso histórico, del desarrollo de la cultura material y espiritual en la Tierra”. Cfr. voz “Hombre”, en I. T. Frolov, *Diccionario de filosofía*, Moscú, Progreso, 1984.

de 1918.¹⁹ La segunda carta magna del país se ratificó el 31 de enero de 1924 —más de cinco años después— por el II Segundo Congreso de los Soviets de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas. La entrada en vigor de la tercera ley fundamental de la Unión Soviética se produjo casi trece años más tarde, o sea, el 5 de diciembre de 1936. La última Constitución de este régimen se proclamó pasadas casi cuatro décadas; es decir, el 7 de octubre de 1977.

Lo más común de estas leyes fundamentales del Estado soviético era la eliminación de la propiedad privada, sin hablar de un derecho a ésta. La base de su sistema económico lo constituía la llamada “propiedad socialista de los medios de producción en forma de propiedad del Estado (patrimonio de todo el pueblo) y propiedad de los *koljoses* y otras organizaciones cooperativas”.²⁰ Según el artículo 11 de la carta soviética de 1977, los componentes de la propiedad exclusiva del Estado son

...la tierra, el subsuelo, las aguas y los bosques. Pertenecen al Estado los medios básicos de producción en la industria, la construcción y la agricultura, los medios de transporte y de comunicación, los bancos, los bienes de los establecimientos comerciales, de servicios públicos y otras empresas organizadas por el Estado, el fondo inmobiliario fundamental de las ciudades, así como otros bienes necesarios para cumplir las funciones del Estado.

El segundo tipo de propiedad sería la de los *koljoses* y otras organizaciones cooperativas y sus asociaciones. A estas entidades pertenecerían sólo “los medios de producción y otros bienes necesarios para realizar

¹⁹ Para algunos, el primer acto de índole constitucional ha sido la “Declaración de los derechos del pueblo trabajador y explotado”, del 25 de enero de 1918. Este documento se insertó en calidad de primer capítulo a la primera Constitución de la todavía República Soviética Federativa Socialista de Rusia (RSFSR), adoptada el 10 de julio de 1918. Sin embargo, el preámbulo a esta Constitución puntualizó que dicha Declaración, junto con esta Constitución, “constituye... la Ley Fundamental” de esta incipiente organización federativa, aún limitada sólo a la Rusia.

²⁰ De conformidad con el artículo 10 de la Constitución de la URSS de 1977. El equivalente artículo 4o. de la Constitución precedente de 1936 decía que “la base económica de la URSS la constituyen el sistema socialista de economía y la propiedad socialista sobre los instrumentos y medios de producción, firmemente asentados como resultado de la abolición del sistema capitalista de economía, de la abolición de la propiedad privada sobre los instrumentos y medios de producción y de la supresión de la explotación del hombre por el hombre”.

sus tareas estatutarias”. La tierra que ocupaban los *koljoses* les había sido adscrita “en usufructo gratuito y a perpetuidad”. Los usufructuarios estarían, sin embargo, “en la obligación de utilizarla eficazmente, de cuidarla y elevar su fertilidad”. En consonancia con el artículo 10 de la Constitución, el patrimonio de los sindicatos y de otras organizaciones sociales pertenecería a la propiedad socialista.

El tercer tipo o forma de propiedad en la URSS sería la denominada “personal”. De acuerdo con el artículo 13 de la carta de 1977, “los ingresos provenientes del trabajo” constituyen su base. Según este precepto podrían ser propiedad personal y objeto de herencia los “utensilios de menaje y uso cotidiano, los bienes de consumo y comodidad personal, los objetos de la hacienda doméstica auxiliar, la vivienda y los ahorros procedentes del trabajo”. En cuanto a la explotación agrícola, el mismo artículo constitucional puntualizó que los ciudadanos podrían “tener en usufructo parcelas proporcionadas, según el procedimiento establecido por la Ley, para utilizarlas como hacienda auxiliar (incluyendo el mantenimiento de ganado y aves de corral), para horticultura y fruticultura, así como para la construcción de vivienda individual”. Los ciudadanos estaban obligados a utilizar estas parcelas de forma racional, específicamente no deberían servir para “extraer ingresos parasitarios”.²¹

Dos primeras cartas magnas: 1918 y 1924

A pesar de todo el descrédito que llevaba consigo el derecho, y especialmente la Constitución —hoja de papel, en palabras de F. Lassalle—, la primera carta magna soviética de la todavía República Soviética Federativa Socialista de Rusia se aprobó y publicó relativamente rápido. Esta primera ley fundamental del Estado soviético fue más un acto político organizador de la estructura del poder a lo largo del país que una carta de libertades y derechos de diversa clase, sin hablar de los de talante social. El único esbozo de un derecho social había sido

²¹ La Constitución de 1936 era más expresiva, pues establecía en su artículo 9o. que “paralelamente al sistema económico socialista... la ley admite la pequeña hacienda privada de los campesinos y artesanos individuales, basada en el trabajo personal y que excluye la explotación del trabajo ajeno”.

redactado en forma de una norma programática. Ésta prometía en el artículo 17 “proporcionar a los obreros y campesinos pobres la instrucción completa, multilateral y gratuita”. La peculiaridad más distintiva de este primer estatuto constitucional soviético fue la privación de los derechos electorales, activos y pasivos, a elementos explotadores, y la omisión de la representación proporcional de los distintos grupos sociales.²²

La constatación de la ausencia de derechos socioeconómicos y culturales no significó que esta problemática haya sido descuidada por los bolcheviques rusos. Desde los primeros momentos de la Revolución de Octubre se emitían los decretos, a través de los cuales se regulaban los distintos derechos de la segunda generación. Por ejemplo, el 29 de octubre se dictó un decreto sobre la jornada laboral de ocho horas, y el 10. de noviembre de 1917 se publicó la Declaración acerca de la seguridad social. En este documento se anunciaba la promulgación de los decretos sobre el particular, lo que se cumplió los días 11 y 22 de diciembre del mismo año al dar a conocer los decretos “de la seguridad para los desempleados” y “de seguridad en caso de enfermedad”, respectivamente. En 1918, los siguieron por lo menos cuatro actos normativos en la esfera de los derechos sociales. Su principal defecto ha sido su escasa implementación práctica.²³

La segunda Constitución del régimen de marras se aprobó el 31 de enero de 1924, entre otras razones, debido a la sustitución de la República Soviética Federativa Socialista de Rusia (RSFSR) por la Unión de Republicas Socialistas Soviéticas (URSS). No obstante, su texto no consignaba los derechos referidos a las necesidades sociales de las personas; tampoco hubo apartados especiales acerca de los principios del régimen en las dimensiones estudiadas —los objetivos y fines del Estado soviético— del estatus del ciudadano. Estos temas estaban

²² Es más, el artículo 19 de la Constitución de 1918 despojó a los elementos no laboriosos (explotadores), del derecho de defender la Revolución con las armas en las manos. En lo que atañe a los colectivos fabriles, en los órganos deliberantes del poder —*Soviets* (consejos) y los congresos de los *Soviets*— éstos estaban representados por un número excesivamente mayor de delegados que los campesinos.

²³ Una buena reseña de estas medidas jurídicas se encuentra en V. Kuritsyn, “Human Rights in the Soviet Union”, *Socialism and Human Rights*, Moscú, Progreso, 1981, pp. 29-55.

apenas ligeramente tocados en las Constituciones de las repúblicas soviéticas adoptadas con posterioridad, incluida la ley fundamental de la RSFSR de 1925.²⁴

La Constitución soviética de 1936

La aprobación de esta Constitución supuso un viraje decisivo en la regulación de los derechos sociales. Por primera vez en la historia del país autoproclamado proletario se inscribió en su ley fundamental no sólo unos cuantos derechos de la índole investigada, sino que también se les insertó dentro de un capítulo aparte (décimo), intitulado “Derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos”. Lo abren los cuatro derechos fundamentales de tal talante: el derecho al trabajo, el derecho al descanso, el derecho a la seguridad social y el derecho a la educación.

El primero de los derechos sociales estaba regulado en el artículo 118 de la Constitución. Ésta no se limitó a proclamar el derecho al trabajo, sino que explicó su contenido. Éste consistiría en el derecho a obtener un trabajo garantizado y remunerado según su cantidad y calidad. Aquí quisiera llamar la atención sobre el primer adjetivo: el trabajo debía ser garantizado. Esto quería decir una casi imposibilidad de perder el empleo durante toda su vida; pero como esto parecía poco al constituyente soviético de 1936, éste añadió el segundo párrafo, en el cual dispuso más sobre esta estabilidad laboral. En este párrafo podemos leer que el derecho al trabajo lo aseguran “la organización socialista de la economía nacional, el aumento constante de las fuerzas productivas de la sociedad soviética, la eliminación de la posibilidad de las crisis económicas y la supresión del paro forzoso”.

El segundo de los derechos del elenco de marras se encontraba previsto en el siguiente artículo constitucional. En éste se atribuyó a los ciudadanos el derecho al descanso. Este derecho lo afianzaba

...el establecimiento de la jornada de siete horas para los obreros y empleados y la reducción de la jornada de trabajo a seis horas para las profesiones cuyo

²⁴ Véase también los reparos al respecto en G. Muñoz Valdés *et al.*, *Derecho constitucional. Curso dirigido*, Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana-Ministerio de Educación Superior, s.a., pp. 58 y ss.

trabajo se desenvuelve en condiciones difíciles, y a cuatro horas en aquellos talleres en los que las condiciones de trabajo son singularmente difíciles; el establecimiento de vacaciones pagadas anuales para los obreros y los empleados, y la existencia de una extensa red de sanatorios, casas de descanso y clubes, puestos a disposición de los trabajadores.

El tercer privilegio social introducido bajo la vigencia del estatuto supremo de 1936 se refirió al mantenimiento “financiero” de los nacionales en diversas situaciones de dificultad. A los ciudadanos de la URSS se les atribuyó el derecho a la asistencia económica en la vejez, así como en caso de enfermedad y de pérdida de la capacidad de trabajo. Tal como en las regulaciones antes presentadas, a este derecho se agregó la descripción del modo para concretizar esta facultad; así, lo reforzaban “el amplio desarrollo de los seguros sociales de los obreros y empleados a cargo del Estado, la asistencia médica gratuita a los trabajadores y la existencia de una extensa red de balnearios a disposición de los trabajadores”.

El último elenco de prerrogativas de la gente de la patria de los *soviets* guarda relación con la educación. Después de afirmar que los ciudadanos de la URSS tienen derecho a la instrucción, el artículo 121 constitucional aclaraba que esta opción se apoyaría en

...la enseñanza general y obligatoria de ocho grados; la amplia difusión de la enseñanza media politécnica general; la enseñanza profesional técnica; la enseñanza media especializada y la enseñanza superior, basadas en la unión del estudio con la vida y la producción; el fomento por todos los medios de la enseñanza nocturna y por libre, el carácter gratuito de toda clase de enseñanza y el sistema de becas del Estado; la enseñanza en las escuelas en la lengua vernácula, y la organización, en las fábricas, *sovjoses* y *koljoses*,²⁵ de la enseñanza gratuita fabril, técnica y agronómica para los trabajadores.

²⁵ Para los que estas palabras no quieren decir nada o casi nada, explico que un *sovjós* ha sido en la URSS una extensa granja del Estado: una especie de hacienda estatal empleadora de los jornaleros del lugar. El *koljós*, en cambio, era una cooperativa agrícola de producción que usufructuaba perpetuamente la tierra que cultivaba y, a su vez, tenía la propiedad colectiva de los bienes de explotación.

La Constitución soviética de 1977

Esta ley fundamental, además de hacer doblar el número de derechos sociales, modificó el modo de regular los cuatro derechos anteriormente especificados de la Constitución de 1936. Aparte de esto, se trasladó la problemática de las exigencias sociales de la persona, de la parte posterior de la ley fundamental anterior, a la segunda, intitulada “El Estado y el individuo”. Esto subrayó la importancia del ciudadano —miembro de la comunidad socialista— dentro de la polis socialista, sin alterar la posición de principio de la doctrina marxista sobre la interrelación entre la base y la superestructura. El aludido apartado, “El Estado y el individuo”, había sido precedido por el intitulado “Bases del sistema social y de la política de la URSS”. En sus cinco capítulos, que componían la primera parte constitucional, se expusieron tales temas: sistema político, sistema económico, desarrollo social y cultural, política exterior, defensa de la patria socialista.²⁶

De este modo, en la ley fundamental de 1977 teníamos los cuatro derechos sociales anteriores “enriquecidos”: al trabajo, al descanso, a la asistencia económica y a la educación. Se elevaron a rango constitucional el derecho a la protección de la salud, el derecho a la vivienda, el derecho a disfrutar de las realizaciones de la cultura y el derecho de libertad de la creación científica, técnica y artística. A continuación expondré en este orden los asuntos esenciales relativos a la temática en estudio.

Derechos sociales heredados de la Constitución de 1936

El derecho al trabajo había sido enriquecido en su nueva redacción con diversos elementos. La cuantía de la remuneración no podía ser nunca inferior al salario mínimo fijado por el Estado. El buscador del empleo

²⁶ La Constitución está dividida en nueve partes esenciales, a saber: I. Bases del sistema social y de la política de la URSS; II. El Estado y el individuo; III. Estructura nacional-estatal de la URSS; IV. Soviets de diputados populares y normas de su elección; V. Órganos superiores de poder y de administración del Estado de la URSS; VI. Bases de la estructura de los órganos de poder y de administración del Estado en las repúblicas federadas; VII. Justicia, arbitraje y supervisión fiscal; VIII. Escudo, bandera, himno y capital de la URSS, y IX. Vigencia de la Constitución de la URSS y procedimiento para modificarla.

obtuvo la posibilidad de escoger su profesión, género de ocupación y trabajo con base en su “vocación, aptitudes, preparación y grado de instrucción”. Por otro lado, la cláusula laboral constitucional introdujo la capacitación profesional gratuita, así como la posibilidad de elevar la cualificación profesional y la enseñanza de nuevas especialidades. A la disposición de los ciudadanos se instauró un sistema de orientación profesional y colocación.

En lo que atañe al derecho al descanso, aparecieron nuevos aspectos en su regulación constitucional de 1977. Por ejemplo, se disminuyó, aunque sólo una hora, el tamaño de la semana laboral, así como el trabajo nocturno, pero sin determinar la escala de esta rebaja. La Constitución se refirió por primera vez a los días de descanso semanal, y se adicionó a esta temática el fomento de la educación física, el deporte y el turismo. Se anunció la creación de posibilidades favorables para descansar en el lugar de residencia y otras oportunidades “para el uso racional del tiempo libre”. Una gran novedad en este dominio fue la opción dada a los *koljoses*, de regular la duración del tiempo de trabajo y de descanso de sus socios.

De manera considerable se ensanchó el derecho de los ciudadanos en materia de asistencia económica. Éste no se circunscribía sólo a los tres casos de la Constitución de 1936 (vejez, enfermedad, y pérdida de la capacidad de trabajo). En la ley fundamental de 1977 se extendió al caso del sostén de familia. En este orden de ideas, por primera vez en el constitucionalismo soviético se hablaba de varias garantías en esta materia, como la colocación de los ciudadanos minusválidos y el desvelo por los ciudadanos de la edad proveya (avanzada) y por los inválidos. Se anunció, asimismo, la introducción de otras formas de previsión social, aunque sin precisarlas.

El último derecho del viejo cuarteto constitucional lo formaba el derecho a la repartición de los conocimientos. A pesar de las pocas innovaciones en esta esfera, se podrían resaltar algunas de sus variaciones. La obligatoriedad englobó no sólo la escuela básica primaria, sino que también la enseñanza secundaria; a su vez, se previó dentro del servicio educativo gratuito del Estado, una medida concreta: la entrega sin costo alguno de manuales escolares. Una cierta mutación en el sistema anterior constitucional significó el establecimiento de la enseñanza a

distancia. Una primicia total —creo que no repetida desde entonces en el constitucionalismo mundial— lo ofreció el fragmento del artículo 45 de la carta magna estudiada, en donde se hablaba de la “creación de posibilidades para la formación autodidacta”.

Los cuatro derechos nuevos

La Constitución de 1977, por primera vez, imprimió al derecho a la salud el más alto rango jurídico dentro de la URSS, consignándolo en su artículo 42. Su definición era bastante abarcadora, pues incluía, en primer lugar, la gratuidad de la asistencia médica cualificada para todos los ciudadanos, con el consiguiente deber de ampliar la red de instituciones para el tratamiento y robustecimiento de su salud. En segundo lugar, el precepto constitucional preveía la ejecución de vastas medidas profilácticas también relacionadas con el saneamiento del entorno, incluido el desarrollo y perfeccionamiento de la técnica de seguridad y de higiene laboral. Por otro lado, la cláusula constitucional impuso el despliegue de las investigaciones científicas orientadas a evitar y reducir la morbilidad, y a asegurar una longevidad activa de los ciudadanos. En este orden de ideas, el estatuto supremo soviético ordenó el desvelo especial por la salud de la nueva generación, incluyendo la prohibición del trabajo infantil “que no esté relacionado con el aprendizaje y la formación laboral”.

El derecho a la vivienda de los ciudadanos, en el sentido de proporcionar a ellos superficies habitables y baratas, preveía especialmente el desarrollo y la protección del fondo inmobiliario perteneciente al Estado y a las organizaciones sociales. Según el artículo 44 constitucional, el Estado permitió la construcción de casas (edificios residenciales) por las cooperativas y los particulares; sin embargo, impuso en este terreno ciertas limitaciones, como, por un lado, su “distribución equitativa y bajo control público”, y por otro, “el precio módico del alquiler” y de “los servicios municipales”. En la concreción de este derecho, el Estado desempeñaría un papel importante, ya que no sólo prestaría su asistencia para la edificación de sus viviendas, sino también a los otros sujetos envueltos en esta inmensa actividad empresarial.

La tercera nueva cláusula social de la Constitución de 1977 ha sido denominada “el derecho a disfrutar de los adelantos de la cultura”. Este derecho se aseguraba, como rezaba el texto del artículo 46 constitucional, mediante la asequibilidad de los valores de la cultura patria y universal, “que se encuentran en los fondos estatales y sociales” de la URSS. En relación con eso, el Estado velaría por el desarrollo y la distribución proporcional de instituciones culturales y educativas en el territorio del país, cuidándose de manera particular la extensión de la red de bibliotecas gratuitas. Otro ámbito de vigencia del artículo 46 concernía al fomento de la televisión y la radio, de la labor editorial (publicación de libros) y de la prensa periódica. En su parte final, este precepto establecía el compromiso de las autoridades soviéticas a ampliar el intercambio cultural con otros Estados.

El último precepto con una carga social era un derecho de libertad.²⁷ Se trataba del derecho al goce por los ciudadanos, de la creación científica, técnica y artística. Éste no había sido configurado como un derecho ilimitado, puesto que sólo se garantizaba “en consonancia con los fines de la edificación comunista”. Este derecho se aseguraba a través del amplio despliegue de las investigaciones científicas y de la actividad de los inventores y racionalizadores, y por el intermedio del fomento de la literatura y del arte. El Estado al crear las posibilidades materiales necesarias para ello “presta apoyo a las sociedades y a las asociaciones creacionales”.²⁸ Los poderes públicos organizaban también la

²⁷ Es decir, el derecho de exigir el desistimiento de una injerencia. El Tribunal Constitucional polaco considera como tales derechos los que han sido definidos en el artículo 73 de la carta magna de 1997 y que “salvaguardan un individuo u otros sujetos de derecho contra una injerencia injustificada de parte del Estado en el objeto y métodos de investigaciones científicas y en el contenido y métodos de enseñanza. No pueden, en cambio, constituir [estos derechos, nota de KC] una base de pretensiones algunas para los empleados de las escuelas superiores y de los institutos científicos, concernientes a su estatuto material”. Fallo del Tribunal Constitucional del 7 de febrero de 2006, SK 45/04, OTK-A 2006, núm. 2, asiento 15.

²⁸ Se llamaban así diferentes asociaciones de las artes, que estaban agrupadas por sus ramas respectivas: pintores, escultores, cineastas, escritores, etcétera; por ello, el mejor término aquí sería “artístico” y no este neologismo no castizo del texto traducido oficialmente en Moscú. Este tipo de asociaciones funcionaban en todos los países socialistas. La mayoría de ellas siguen operando, aunque actualmente con un enfoque mayor en la defensa judicial de los derechos de sus miembros en las condiciones del

implantación de los inventos y propuestas de los racionalizadores en la economía nacional y en otros terrenos.

RÉGIMEN ECONÓMICO EN LOS PAÍSES SOCIALISTAS EUROPEOS

Entre 1945 y 1990 existían ocho países de este género. En el orden alfabético eran los siguientes: Albania, Alemania oriental (desde el 7 de octubre de 1949, mejor conocida como la República Democrática Alemana, RDA), Bulgaria, Checoslovaquia, Hungría, Polonia, Rumania y Yugoslavia. Su historia constitucional ha sido casi la misma. Al liberar estos países de la ocupación nazi del *Tercer Reich*, el triunfante ejército rojo impuso en estas naciones la construcción del socialismo. El modelo al cual debían adecuarse dichos Estados ya había sido practicado antes —desde casi cuarenta años— en la Rusia bolchevique. Como resultado, en los primeros momentos se trataba de sustituir el régimen capitalista por el llamado “socialista”; por tal motivo, se aprobaron una serie de leyes ordinarias o de índole constitucional para estatizar las industrias y eliminar la gran propiedad rural. En algunos países se restablecieron —en cierto grado y en diferentes maneras— las antiguas Constituciones burguesas. Así ocurrió en Checoslovaquia, cuando se sancionó la Constitución el 9 de mayo de 1948. Esta ley fundamental se aprovechaba largamente de la terminología y de las construcciones propias al sistema parlamentario de gabinete.²⁹

Las nuevas autoridades aparentaban estar ligadas por el antiguo constitucionalismo liberal, en el cual la problemática investigada se encontraba regulada a su manera. De esta forma ocurrió en Polonia, en donde la primera carta magna de transición —integrada por tres documentos— entró en vigor en febrero de 1947. Estos documentos eran la ley sobre la organización y el modo de funcionamiento de los órganos superiores de la República de Polonia; la ley constitucional de elección del primer mandatario, y la Declaración acerca de la realización

régimen capitalista; por ejemplo, en Polonia una asociación modelo de este tipo ha sido SPATiF (Unión de Artistas Polacos de Teatro y del Cine).

²⁹ Cfr. W. Sokolewicz en su introducción a la Constitución de este país del 11 de julio de 1960, publicada en A. Burda (coord.), *Konstytucje europejskich państw socjalistycznych*, Breslavia, Ossolineum, 1967, p. 80.

de derechos y libertades ciudadanos. Los textos referidos habían sido una mezcla de los preceptos constitucionales de antes de la Segunda Guerra Mundial con las novedades socialistas, como la introducción del Consejo de Estado, una prefiguración de la presidencia colectiva de la República de Polonia. Desde el punto de vista de este trabajo, el componente más importante era el último acto. Por medio de la Declaración fueron ratificados los cuatro derechos sociales, conocidos ya de la Constitución del 21 de marzo de 1921. En particular, se han ratificado: el derecho al trabajo y al descanso, el derecho al seguro en caso de no poder ganar su sustento, el derecho a la instrucción y a la protección de la salud.³⁰ Con anterioridad a la de Polonia, una ley fundamental semejante se adoptó el 31 de enero de 1946 en Hungría.

En términos generales, la evolución constitucional de estos países podría ser dividida en dos etapas o fases. En el primer tiempo —en los años cuarenta del siglo pasado— se aprobaron las primeras Constituciones de las llamadas “democracias populares”. En el segundo periodo —en las décadas sesenta y setenta del siglo pasado— se adoptaron las leyes supremas del llamado “socialismo desarrollado”. Éstas también aportaron algunas novedades en la materia investigada; no obstante, no superaron lo introducido por la ley fundamental de la URSS de 1977.

Derechos sociales en las primeras Constituciones

Todas las Constituciones de los países de la región de los años cuarenta del siglo pasado insertaban con diferentes grados de detallismo los preceptos estudiados. Por lo común, los artículos sociales de las Constituciones del área se caracterizaban por la poca originalidad, pues consignaban los tradicionales derechos sociales de la Constitución soviética de 1936. Por ejemplo, la Constitución de la República Socialista de Albania, del 15 de marzo de 1946, se contentaba con los preceptos bastante sucintos al respecto. Al abordar la cuestión laboral, su artículo 25 se limitó a una breve oración, proclamando que “el Estado garantiza

³⁰ Un conocido historiador polaco al comentar este documento dijo que la Declaración había sido un texto interno de la Cámara de los diputados, por lo cual tuvo un rango menor que una ley constitucional o cualquier acto legislativo. *Cfr.* A. Ajnenkiel, *Konstytucje Polski. 1791-1997*, Varsovia, Oficyna Wydawnicza Rytm, 2001, p. 278.

a los ciudadanos el derecho al trabajo remunerado según la cantidad y calidad del trabajo realizado”. En la mayoría de los casos, el anuncio de un derecho social se encontraba apoyado por las indicaciones sobre sus garantías de índole material. Según la Constitución búlgara del 4 de diciembre de 1947, el derecho de los ciudadanos al descanso “es asegurado por la limitación de la jornada de trabajo, por las licencias anuales pagadas y por la creación de una vasta red de casas de descanso, clubes, etcétera”.³¹

Algunas cartas magnas sobre los derechos sociales eran, en cierta medida, un poco innovadoras en comparación con su modelo soviético de 1936. La carta magna de la República Popular de Bulgaria estableció que pudieran ser una de las garantías del derecho al trabajo, los trabajos públicos. La Constitución de la República Checoslovaca, al subrayar que la garantía del derecho al trabajo lo constituye el sistema económico socialista, agregó que éste “no conoce crisis económicas ni paro forzoso y garantiza el incremento continuo de la remuneración del trabajo”.³² Es más, esta ley fundamental recalca que el Estado —gracias al desarrollo de la producción y la elevación de la productividad del trabajo— podría reducir gradualmente la jornada de trabajo sin disminución del salario. La Constitución polaca de 1952 se adelantó, ya que previó, en los principios de la segunda mitad del siglo pasado, el derecho de sus ciudadanos “de beneficiarse de los logros de la cultura y de participar activamente en el desarrollo de la cultura nacional”.

Los derechos laborales

La Constitución de la RDA dedicó cuatro largos artículos a estos asuntos.³³ El primero de éstos —el catorce— proclamaba el derecho de

³¹ Las citas de la mayoría de las Constituciones socialistas se tomaron de su recopilación editada en la Habana en 1966 por el Ministerio de Justicia, bajo el título *Constituciones socialistas. Agrupación temática de su articulado*.

³² Esta afirmación categórica hay que contrastarla con la de menor firmeza de la Constitución polaca. Su artículo 58, punto 2, al señalar las garantías del derecho al trabajo matizó bastante la afirmación contundente checa, pues habla sólo de “la eliminación de las causas de las crisis económicas”.

³³ Las regulaciones constitucionales de la RDA sobre los derechos sociales, específicamente en materia laboral y educativa, se distinguían dentro de la llamada “comunidad socialista” gracias a su envergadura y enjundia. Esto se debía, entre otras cosas, al hecho que dicho

pertenencia a asociaciones que tengan por objeto el mejorar las condiciones de salario y de trabajo; además, estaban prohibidas todas las medidas que limitaran o impidieran este derecho. Al propio tiempo, se garantizaba el derecho de huelga.

La declaración sobre la garantía del derecho al trabajo se encontraba precedida por un compromiso del Estado relativo a la protección de la fuerza laboral. El propio derecho al trabajo —o como lo puntualizaba el artículo 15 constitucional: “trabajo y subsistencia”— el Estado lo aseguraba por medio de una economía dirigida.³⁴ Sin embargo, este precepto añadía que cuando a un ciudadano no se le pudiera procurar un “trabajo adecuado”, se debería atender a sus necesidades.

La regulación de la producción, así como de las condiciones de salario y de trabajo en las empresas —rezaba el artículo 17 constitucional— tenía que ser preceptuada bajo la competente y libre determinación de los obreros y empleados. No obstante, al ejercer este derecho, ellos lo podían o lo hacían a través de los sindicatos y consejos de empresa.

Un importante aspecto previó el artículo 18 constitucional. Según éste, la República estaba obligada a crear, con la participación directa de los trabajadores, un código único de trabajo, una jurisdicción única y un sistema único de reglas para la protección del trabajo. En relación con esto, las condiciones de trabajo deberían ser tales que la salud, las necesidades culturales y la vida familiar de los trabajadores no sufrieran ningún daño. La remuneración del trabajo debía corresponder al rendimiento y, a su vez, garantizar una existencia humana para el trabajador y de todos los que dependían económicamente de él.

Estado se encontraba en la primera línea de confrontación ideológica e institucional con la creada, un mes antes, República Federal de Alemania. Por eso, la ley suprema de la Alemania oriental enlazó, por razones propagandísticas, con las disposiciones de la Constitución de Weimar, conocida por su generosa regulación de los derechos sociales. La Constitución de la RDA quisiera igualarla. *Cfr.* J. Stembrowicz en la introducción a su texto dentro de la recopilación de traducciones de las Constituciones socialistas de la época, en A. Burda (coord.), *op. cit.*, p. 201.

³⁴ Esta indicación sucinta y general de “economía dirigida” había sido perdida en minucias en la segunda y última Constitución de la Alemania oriental comunista de 1968. El artículo 24, al. 3, enumeraba en seis puntos los diferentes puntales del derecho al trabajo, entre ellos a la propiedad socialista sobre los medios de producción y la implementación consecuente de la revolución tecnocientífica.

En adición a la proclamación del principio “por un trabajo igual, un salario igual” para todos, es decir, para hombres, mujeres, adultos y jóvenes, se debía crear por ley de la República, instituciones que garantizaran a las señoras y a las señoritas la armonización de sus tareas como ciudadanas y productoras con sus deberes como mujeres y madres. La juventud tenía que ser protegida no sólo contra la explotación, sino también contra el “abandono moral, físico y espiritual”.

El derecho al descanso

Si la regulación del derecho al descanso en las Constituciones de la órbita soviética seguía, en términos generales, el patrón marxista-leninista, su configuración en algunos Estados mostró una cierta originalidad. La conexión en la Constitución checoslovaca del 11 de julio de 1960 sobre la preocupación “por el embellecimiento y la protección general de la naturaleza, por la salvaguardia de la hermosura de los paisajes patrios, con el fin de crear una fuente cada vez más rica de bienestar para el pueblo y un ambiente favorable para los trabajadores, velando por su salud y por su derecho al descanso”, era una solución bastante insólita.³⁵ Llama la atención la copiosa normativa constitucional polaca, según la cual

...la organización de las vacaciones, el desarrollo del turismo, de las estaciones climáticas, de las instalaciones deportivas, de las casas de la cultura, de los clubes, de los salones culturales, de los parques y otras instalaciones de reposo creaban las posibilidades de un descanso sano y cultural, para capas cada vez mayores de trabajadores de las ciudades y de los campos.

En la Constitución alemana oriental se hablaba del derecho al tiempo libre y al descanso; según la doctrina de este país se trataba de un

³⁵ Este precepto ya había sido previsto en la Constitución checoslovaca del 9 de mayo de 1948. Como escribió un autor soviético en la introducción a la siguiente carta magna del 11 de julio de 1960, el elenco de derechos, libertades y deberes de los ciudadanos, en comparación con la Constitución de 1948, se modificó un poco. B. A. Strashun, *Las Constituciones de los Estados socialistas*, Moscú, Juriditcheskaya Literatura, 1987, p. 148.

derecho fundamental.³⁶ En el texto constitucional, concretamente en el segundo párrafo del artículo 16, se dijo que “el domingo, los días festivos y el 1o. de mayo son días de descanso y están bajo la protección de la Ley”. Para terminar este punto, diré que en todos los países en examen, la jornada mínima laboral era constitucionalmente más larga que la establecida en las cartas magnas de la patria de los *soviets*.

El derecho a la salud

Entre los preceptos constitucionales protectores de la salud se distinguía lo contenido en la ley fundamental polaca del 22 de julio de 1952. Su artículo 60, al instituir el derecho a la salud y a la asistencia en caso de enfermedad o de incapacidad de trabajo, puntualizó que éstos son asegurados de la manera más amplia. Esto se traducía en el desarrollo de la protección de la salud pública —organizada por el Estado—; el impulso de las instalaciones sanitarias y el mejoramiento del estado de salud de los habitantes de las ciudades y de los campos; el progreso constante en las condiciones de seguridad y de higiene en el trabajo; una vasta acción para prevenir y combatir las enfermedades; el acceso siempre más amplio a la asistencia médica gratuita; el desarrollo de la red de hospitales, de sanatorios, de dispensarios y de los centros médicos rurales, y la asistencia a los inválidos.

En las cartas magnas de Albania y Bulgaria, el Estado se comprometía a cuidar de la salud, “organizando y controlando” todos los servicios de sanidad, hospitales y sanatorios, y como agregaba la ley fundamental del segundo país mencionado: “difundiendo los principios de higiene entre el pueblo y aportando cuidados especiales a su educación física”.

El derecho a la educación

La regulación constitucional más extensa de este derecho ha sido prevista en la Constitución de la Alemania oriental. Alrededor de este tema, la ley fundamental de 1949 consagró seis amplios artículos. La

³⁶ Academia de las Ciencias Jurídicas y del Estado de la RDA, *Staatsrecht der DDR. Lehrbuch*, Berlín, Staatsverlag der DDR, 1978, pp. 207-213.

proclamación del artículo 35 es el primero de ellos, e inicia señalando que todo ciudadano tenía el mismo derecho a la instrucción y a la libre elección de su profesión. A continuación se presentaba el segundo anuncio general, que establecía: “la instrucción de la juventud, así como el desarrollo intelectual y profesional del ciudadano, estarán garantizados en todos los aspectos de la vida estatal y social por medio de los centros públicos de enseñanza”.

Las importantes disposiciones constitucionales concernientes al sistema de educación nacional insertaban el siguiente artículo constitucional. Según esta norma, la creación de la escuela pública y la instrucción escolar incumbían a los órganos provinciales. La República promulgaba a tal efecto las disposiciones básicas y uniformes por vías legales. Es más, la República podría crear por sí misma los centros escolares públicos. Los poderes centrales también promulgaban disposiciones comunes para la formación de los maestros. Su formación tendría que efectuarse en “universidades o en escuelas superiores equivalentes”.

Una faceta muy notable dentro de este tema había sido la orientación ideológica del sistema de enseñanza. Según el artículo 37 de la ley suprema: “la escuela educará a la juventud en el espíritu de la Constitución, formando a hombres que actúen con sentido de responsabilidad y con pensamiento propio, a hombres capaces y dispuestos a adaptarse a la vida en común”. A este planteamiento general se agregó otra meta en la nueva Constitución de la RDA de 1968. En el marco del “único sistema socialista de enseñanza”, el Estado se encuentra obligado a asegurar el movimiento progresivo del pueblo hacia la comunidad socialista de la gente instruida multilateralmente y desarrollada armónicamente, “impregnada del espíritu del patriotismo socialista y del internacionalismo, con el alto nivel de la instrucción general y especial”.

El segundo objetivo de la escuela, enfocada como intermediaria de la cultura, tenía la tarea de educar a la juventud en el “espíritu de una convivencia pacífica y amistosa entre los pueblos, de una auténtica y una verdadera humanidad”.³⁷ En este orden de ideas, conviene des-

³⁷ Por ello, la ley básica alemana oriental de 1968 subrayaba que “todos los ciudadanos tienen derecho a la participación en la vida cultural. Su importancia crece en las condiciones de la revolución científico-técnica y del aumento de las exigencias espirituales. Con el fin de que se manifieste plenamente la personalidad socialista y la

tacar una institución bastante original, a saber: las juntas consultivas de padres. Por medio de estos organismos, los padres contribuirían a la educación escolar de sus hijos; sin embargo, la Constitución puso una restricción significativa en este ámbito: prohibieron “las escuelas privadas tendientes a reemplazar las escuelas públicas”, a las cuales se les declaró “ilícitas”. A pesar de eso, la Constitución garantizaba la enseñanza religiosa por las comunidades confesionales.

Según el artículo 38 de la Constitución alemana oriental, el deber de todos los jóvenes de frecuentar una escuela se extendió hasta los dieciocho años cumplidos. El texto precisaba que tras la escuela primaria “tiene lugar el perfeccionamiento en las escuelas profesionales o especiales, en las escuelas superiores y en otros establecimientos públicos de enseñanza”. A las escuelas profesionales y especiales, el precepto de marras les asignó la tarea de hacer proseguir “la ulterior instrucción general y profesional”. En conexión con esto, la escuela media era considerada por la norma constitucional como una preparación a los estudios superiores.

Como una última meta de la enseñanza, el artículo 38 constitucional asignaba la universidad. Para llegar a ella, la Constitución previó muchas vías. En primer lugar, está estipuló que la escuela media no es un camino exclusivo para alcanzar la educación superior; este objetivo se podría lograr, como dispuso el texto normativo supremo, “por medio de otros centros de enseñanza que con tal motivo serán ampliados o contruidos”. A todos los ciudadanos se les debía facilitar la asistencia a la universidad por conducto de “los centros preparatorios de estudios”. En adición a eso, la Constitución ofreció a los miembros “de todas las capas de la población” una oportunidad “de poder estudiar en las universidades del pueblo sin interrupción de su actividad profesional”.

El artículo 39 constitucional hizo notar que “a todo niño se le debía dar la posibilidad de desarrollar ampliamente sus fuerzas físicas, intelectuales y morales”. La instrucción de la juventud no tenía que depender de la situación social y económica de los padres, sino más bien debía dedicarse especial atención “a aquellos niños que por su

satisfacción creciente de sus intereses culturales y necesidades, el Estado y la sociedad incentivan la participación de los ciudadanos en la vida cultural, las clases de la cultura física y el deporte”.

situación social se encontraban en desventaja”. A eso debía ayudar el principio constitucional de la gratuidad escolar en su sentido más amplio. La asistencia a escuelas especiales, superiores y universidades había sido estimulada por medio de becas, subvenciones y otras medidas de ayuda. De todas maneras, la presencia en éstas debía “ser factible a los más aptos de todas las capas de la población”.

Las Constituciones de otros países socialistas introducían pocas innovaciones; se trataba más bien de algunas matizaciones, como en la Constitución albanesa de 1946. Ésta, al regular el estatus de las escuelas privadas, dijo que dichas escuelas podían ser abiertas sólo en virtud de una ley, y que sus actividades serían supervisadas por el Estado.³⁸ En Checoslovaquia, el derecho a la “instrucción escolar general básica, obligatoria y gratuita para todos los niños hasta los quince años”, había sido garantizada únicamente por la Constitución de 1960. En este país se impuso a toda la educación y a toda la enseñanza, la “estrecha ligazón de la escuela con la vida y trabajo del pueblo”. La Constitución búlgara, a pesar de reconocer el derecho a desarrollar su propia cultura nacional, mantuvo la obligatoriedad del estudio de la lengua búlgara.³⁹

LAS CONSTITUCIONES SOCIALISTAS DE LA SEGUNDA ONDA

Yugoslavia

Según la Constitución autogestionaria⁴⁰ de la República Socialista Federativa de Yugoslavia de 1974 —la más original y la más extensa de

³⁸ Incluso, esa estrecha posibilidad desapareció por completo en la segunda Constitución de la Albania popular. Según el artículo 33 de la ley sustantiva del 28 de diciembre de 1976, el aprendizaje en la República Socialista Popular de Albania debía construirse “en la base de la cosmovisión marxista leninista”, siguiendo “las mejores tradiciones de la escuela nacional y laica albanesa”.

³⁹ El artículo 79 de la Constitución búlgara de 1947 era un poco ambiguo en este punto, puesto que en la oración anterior reconoce a las minorías étnicas el “derecho a instruirse en su lengua materna”. La Constitución del país de los días 16 y 18 de mayo de 1971 había aclarado un poco más esta ambigüedad, pues estableció en el punto 7 del artículo 45 que “los ciudadanos de origen no búlgaro paralelo al aprendizaje obligatorio de la lengua búlgara tienen derecho a aprender también su idioma”.

⁴⁰ Sin entrar en la discusión de varios aspectos de la variante yugoslava del socialismo, únicamente señalaré que su especificidad se basó en “la supresión de la enajenación de

todas las leyes supremas comunistas (403 artículos)— se garantizaba el derecho a trabajar, mas no el derecho al trabajo. Esto significaba que más importante debía ser el proceso laboral que un empleo como tal. Además, el segundo alinea del artículo 159 constitucional agregaba que los derechos adquiridos con base en el trabajo eran inalienables; era una novedad tamaña, aunque parecía obvia para cualquier persona envuelta en faenas contratadas. Otra disposición de gran calado se refería a la interdicción del despido del trabajador contra su voluntad; en este sentido, las condiciones de tal destitución sólo podrían ser determinadas por la ley.

Por otro lado, el artículo bajo examen estipulaba que “el que no quiere trabajar siendo capaz para el trabajo, no disfruta del derecho ni del amparo que se obtienen por concepto del trabajo”; sin embargo, según las condiciones fijadas por la ley, se garantiza el derecho a la asistencia material durante el desempleo temporal. Una faceta a destacar en este ámbito era el artículo 161 constitucional, que rezaba que el trabajador tiene derecho a las condiciones laborales que le garanticen su integridad física y moral, así como su seguridad. Como lo precisaba el artículo siguiente, esto se trataba sobre todo de la seguridad “de la salud y a otra seguridad personal y trabajo”. En otro punto del derecho a trabajar, la Constitución yugoslava de 1974 determinó que la duración de vacaciones anuales remuneradas sería de dieciocho días laborales, por lo menos.

Otro derecho del trabajador que instituyó la ley sustantiva yugoslava de 1974 se refería a los seguros sociales. De acuerdo con el artículo 163, éstos debían ser obligatorios, “según los principios de la mutualidad y la solidaridad, y del trabajo acumulado, en las Comunidades de Interés Autogestionadas, sobre el ingreso de la Organización del Trabajo Asociado, o de las contribuciones provenientes de los recursos de otras organizaciones o comunidades en las que trabaja”. Además, este seguro concedía tanto ventajas individuales típicas como otras extendidas en beneficio de los familiares del trabajador. En adición a eso, este

los medios de producción del trabajador, la transformación del trabajador asociado en dueño directo de las condiciones y los resultados de su trabajo”. Cfr. M. Todorovic, “La exposición del proyecto de la Constitución”, *Constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia*, Belgrado, Borba, 1974, p. 18.

artículo preveía que “los derechos inherentes a los Seguros Sociales para los hombres de trabajo y ciudadanos que no están abarcados por el Seguro Social obligatorio, se regulan, con arreglo a la ley, según los principios de mutualidad y la solidaridad”.

En cuanto a las incapacidades por razón de enfermedad o de incapacidad de trabajo, éstas debían ser aseguradas, en consonancia con el artículo constitucional yugoslavo citado, por el desarrollo de los seguros sociales de los obreros y de los empleados en caso de enfermedad, de vejez y de incapacidad de trabajo, así como por el desarrollo de las diversas formas de asistencia social.

La Constitución en cuestión reguló —en adición de los derechos sociales descritos— dos más, a saber: el derecho a la vivienda y a la enseñanza. En este punto llama la atención como una peculiaridad la prevalencia del derecho de inquilinato en la vivienda de propiedad social, es decir, la preterición de la opción de su adquisición particular. Por otro lado, la transferencia de la “fundación y el funcionamiento de escuelas y de otros establecimientos de educación pública y el fomento de sus actividades” debían ser aseguradas, “según los principios de mutualidad y la solidaridad de los hombres de trabajo, por las Organizaciones del Trabajo Asociado⁴¹ y de otras organizaciones y comunidades autogestionadas”.

La Constitución yugoslava de 1974 subrayó que el trabajador tiene derecho a un descanso diario y semanal. En cuanto a las vacaciones anuales remuneradas, éstas deberían ser de una duración mínima de dieciocho días laborales.

Otros Estados

Con excepción de Hungría y Polonia, todos los países del área aprobaron nuevas leyes supremas correspondientes —como se decía en aquel

⁴¹ El socialismo autogestionario yugoslavo creó su propio vocabulario. Según la “Aclaración de algunas expresiones y nociones usadas en la Constitución de la RSFY” —añadida al libro citado en la nota 40—, la Organización del Trabajo Asociado ha sido el “término genérico con el que se designan las organizaciones económicas y extraeconómicas en la que se desarrollan las actividades con los medios de producción sociales y cuya organización descansa sobre la base de la autogestión. Anteriormente se usaba el término empresa para la Organización del Trabajo Asociado (en la economía), así como institución (en las actividades extraeconómicas)”. *Ibidem*, p. 335.

entonces— al nuevo grado de desarrollo de la sociedad socialista. En términos generales, ellas proclamaban la finalización de la construcción del socialismo y la inscripción en las cartas magnas del papel dirigente del partido comunista (u obrero) en el Estado. Si bien en los dos países arriba apuntados no se produjeron los nuevos procesos constituyentes, sí se procedió, en los años setenta, a las revisiones muy parecidas: el de la etapa del Estado popular y la constitucionalización del rol dirigente del partido en el poder. En la República Popular de Hungría, el 19 de abril de 1972 se adoptó la denominada “nueva redacción” de la Constitución de 1949. En el dominio que nos interesa, la renovada ley suprema adicionó dos nuevos derechos: el derecho a la salud de todos los ciudadanos y al disfrute de los logros de la cultura.⁴² En febrero de 1976 en Polonia se hicieron las modificaciones de fórmulas de algunas garantías de los derechos investigados.⁴³

La Constitución de la RDA de 1968 aseguró mejor el derecho al trabajo, al subordinarlo a la propiedad socialista sobre los medios de producción y a la gerencia y la planificación socialistas del proceso de la reproducción social. Se afianzaron los derechos de los sindicatos, en particular, en la dirección de la economía nacional de los seguros, por el otorgamiento a éstos de una iniciativa legislativa. En Albania, al derecho al trabajo se adicionó el derecho de escoger para sí la profesión “y de ejercerla conforme a sus aptitudes e inclinaciones personales y en concordancia con las necesidades de la sociedad”. La Constitución albanesa fortaleció aún más el derecho a la salud a través del servicio médico indispensable, sin pagar, a los ciudadanos y la cura (el tratamiento) en los establecimientos de sanidad del país. Se fijó para ochos años la instrucción obligatoria y gratuita.

⁴² Al respecto, véase el artículo 18 de la Constitución húngara en su versión de 1972 insertada en la colección de las Constituciones socialistas, editada en 1987 en Moscú por la Juridicheskaya Literatura. Se trata de una obra en dos volúmenes, intitulada *Konstituciji socialistitscheskich gosudarstv*, que está coordinada por tres autores: B. A. Strashun, B. N. Topornin y G. H. Shajnazarov.

⁴³ Por ejemplo, en el derecho a la salud se agregó el al. 3 diciendo de la extensión de la red de hospitales, sanatorios, policlínicas, puestos e instituciones sanitarios, mientras que el derecho al trabajo debería ser asegurado por la implantación del progreso tecnocientífico en la economía nacional. *Cfr.* W. Sokolewicz, *Konstytucja PRL po zmianach 1976*, Varsovia, PWN, 1978.

La innovación de la Constitución búlgara de 1971 en la esfera del derecho al trabajo se manifestó en la libertad de escoger la profesión y en la garantía de las condiciones laborales seguras y sanas. A su vez, la ley suprema reemplazó el seguro social general por un sistema único garantizado por el presupuesto del Estado y por la participación de los asegurados en la administración de la seguridad social. La asistencia médica llegó a ser gratuita. Las Constituciones checoslovacas y rumana de la primera mitad de los años sesenta no alteraron en nada el elenco y el contenido de los derechos sociales antes descritos.

REPAROS FINALES

En contraposición de lo que ocurrió algunos meses después en Rusia, el Constituyente de Querétaro no proclamó una república de obreros y campesinos como una alternativa a la democracia representativa; por el contrario, se acogió a la división tripartita del poder del Estado, sin tocar en absoluto algún aspecto sustancial. Tampoco la Revolución mexicana había sido tan osada para suprimir o limitar muchos derechos individuales, denominados desdeñosamente por los revolucionarios rusos como burgueses, sino, que trató de afianzarlos. A pesar de las grandes alteraciones en el sistema económico en la patria de Benito Juárez, la propiedad privada había sido mantenida.

En la Revolución mexicana se nota el predominio mayor de las demandas de cambios políticos puntuales que las de índole institucional, específicamente referidas a la reforma radical del Estado o de su sistema de gobierno. En los planes de los revolucionarios rusos, especialmente de los bolcheviques, prevalecían las cuestiones socioeconómicas de largo alcance, o, para decirlo más directamente, la destrucción del régimen de propiedad existente y su reemplazo por uno completamente nuevo. El mismo objetivo perseguían sus aliados en los países que se adhirieron a este rumbo de evolución. Aquí es suficiente comparar los diferentes planes de los revolucionarios mexicanos con las declaraciones y programas bolcheviques.

Para los partidarios del materialismo científico, hacer la revolución agraria y/o nacionalizar las industrias no eran suficientes. Estas medidas sólo podrían ser puntos de partida para las transformaciones ulte-

riores. Lo esencial había sido la sustitución del régimen capitalista y de los terratenientes por el del poder denominado simpáticamente “obrero-campesino”, y el rechazo subsecuente de la famosa división tripartita del poder. Para los bolcheviques, lo más importante era asegurar la ventaja del pueblo trabajador en los órganos deliberantes, ejecutivos y judicial, así como la rectoría de su partido como único permitido, mediatizado por los comunistas o, más precisamente, por la cúpula —hasta por un líder irremplazable— de esta corriente ideológica.

Si en la Revolución rusa el lema principal era “Todo el poder para los *soviets*”, en la mexicana había sido “Sufragio, no reelección”. Los comunistas eran interesados en la acumulación de la autoridad pública, mientras que los revolucionarios mexicanos buscaban la conservación del existente esquema del poder estatal, corrigiéndolo tan sólo en sus aspectos más defectuosos o los que faltaron a la práctica legal y legítima. Los revolucionarios mexicanos no llamaban a abolir el orden jurídico en vigor, sino que requerían su respeto, específicamente en lo concerniente a la alternancia del poder presidencial.

Como resultado de todo esto, ambas revoluciones incluyeron demandas sociales, que eran las expresiones de sus emprendimientos más abarcadores. Por eso, la Revolución mexicana estaba más circunscrita, prácticamente, al derecho a la educación y a los de índole laboral. Los revolucionarios rusos no se limitaban a algunas esferas, puesto que un trabajador, o un campesino, había sido proclamado el dueño del Estado, el cual no podría restringirse en sus demandas sociales. Al contrario, en la medida del fortalecimiento del llamado Estado socialista de todo el pueblo, la lista de sus derechos ciudadanos tendría que crecer. Las últimas Constituciones socialistas, particularmente la soviética de 1977, registraban hasta ocho derechos sociales, mientras que su listado en la carta de Querétaro se mantuvo en lo esencial y estable.

Esto no quiere decir que entre ambos procesos no se observen ciertas semejanzas, hasta las identificaciones. La Revolución bolchevique no pudo estar por debajo de lo que ofrecía la carta de Querétaro. El proyecto político soviético, con sus pretensiones globales, estaba obligado a relucir en cada momento con los derechos sociales a imitar, a tomar en cuenta. En México, la ley suprema de 1917 es más como un faro permanente de guarda de lo conquistado que una meta en un ho-

rizonte de la continua lejanía. La primera ley del país de Benito Juárez marcaba el paso, un límite intocable, mientras que las Constituciones de obediencia soviética habían sido condenadas al dinamismo, falso o auténtico, pero siempre para adelante.

No cabe duda que tanto el constitucionalismo de Querétaro como el socialista oriental europeo fueron atraídos por las mismas teorías e idearios sociales de los principios del siglo pasado. Es más, el ejemplo de Querétaro no pudo dejar de ser un incentivo, un impulso para los revolucionarios, o un límite infranqueable para no quedarse atrás. En este contexto, se puede hablar de una influencia, de un impacto de lo establecido constitucionalmente en México a finales de 1916 y a principios de 1917 en materia social. El rechazo del clericalismo en los primeros tiempos del fervor revolucionario de México y en la Unión Soviética, rayano en la discriminación abierta de los creyentes, también da mucho que pensar al respecto.

Cuando leemos los largos preceptos sociales en ambas cartas supremas, no podemos quitarnos la impresión de ver la misma tendencia al detallismo, la minuciosidad en la regulación. No es común en otras Constituciones el fijar topes precisos para diferentes jornadas laborales, sin hablar de los pormenores de la repartición de las tierras para diversos usos y categorías de personas. Aquí se nota más esa proximidad, este acercamiento de ambos proyectos sociales. El hecho de que uno de éstos ya desapareció y el otro se encuentra en trance de graduales transformaciones no cambia en nada esta impresión de parentesco, afinidad o de contagio, sin que sea necesario probarlo de manera fehaciente, propia de los procedimientos judiciales en boga.



APORTE DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917 EN NICARAGUA

Iván Escobar Fornos*

ANTECEDENTES

Para comprender mejor la importante influencia del constitucionalismo mexicano en nuestro país, principalmente la figura del amparo, es conveniente repasar brevemente algunos aspectos del desarrollo histórico, político, social y cultural, así como los conceptos y tendencias ideológicas en que se fundó la institucionalidad en México.

En 1911 fueron celebradas las elecciones, en las que Francisco I. Madero ganó la presidencia de la República. Para esta época, el general Porfirio Díaz renuncia a la presidencia y regía la Constitución liberal de 1857. Posteriormente, Madero y el vicepresidente José Pino Suárez fueron asesinados, hecho que dio lugar a que Victoriano Huerta ocupara la presidencia, siendo conocido a partir de entonces como “El Usurpador”. Tras este golpe, el gobernador de Coahuila, Venustiano Carranza, se levantó en armas, formó el ejército constitucionalista y desconoció a Huerta. Carranza aprovechó la ocasión y por Decreto Ejecutivo del 14 de septiembre de 1916 convocó a un congreso constituyente para reformar la Constitución vigente, en el cual se expresa claramente que no sería cambiada la organización y el funcionamiento de los poderes públicos.

* Ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua.

El 1o. de diciembre del mismo año se abrieron las sesiones en el Teatro Iturbide, en la ciudad de Santiago de Querétaro, con la presencia de diversas fuerzas políticas. Sus sesiones duraron dos meses; el 31 de enero se cerraron; el 5 de febrero se promulgó, y el 1o. de mayo entró en vigor la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que supuestamente reformaba la de 1857, pero en realidad era una nueva Constitución, que incorporó las garantías individuales (derechos humanos), y, posteriormente, muchos años después, por la reforma del 10 de junio de 2011, se establecen garantías individuales y derechos humanos, dedicándoles el capítulo primero del título primero, integrado por 38 artículos que incorporan un amplio número de ellos.

EL AMPARO EN MÉXICO

El recurso o juicio de amparo aparece en los artículos 53, 63 y 64 de la Constitución de Yucatán, del 31 de marzo de 1841, el que se interpone ante la Corte Suprema de Justicia. Este recurso fue inspirado por Manuel Crescencio Rejón.

Después surge el amparo, impulsado por Mariano Otero, establecido en su “voto particular”. El voto particular de Mariano Otero se emitió el 18 de mayo de 1847 con ocasión del Congreso Constituyente, y fue aprobado el 21 de abril del mismo año por el Congreso, pasando a formar parte de la Acta de Reforma, en la cual el artículo 5o. preveía la necesidad de establecer la ley de control constitucional para proteger los derechos humanos, las garantías de la libertad, la seguridad, la propiedad y la igualdad, la que se expidió y sienta las bases (fórmula Otero) del amparo mexicano, hasta en la Ley de Amparo actual.

Luego, el amparo aparece en los artículos 103 y 107 de la Constitución de 1917, y actualmente en la Ley de Amparo de 2013.

LAS LEYES DE AMPARO EN MÉXICO

Ésta es una breve referencia a las leyes de amparo de México, para que nuestros constitucionalistas puedan apreciar la influencia en el país por parte del amparo mexicano.

La Ley Reglamentaria del Control de Constitucionalidad del citado artículo 5o. del Acta de Reforma de 1847 no se expidió, pero se formularon algunas iniciativas al respecto:

- a) El Proyecto de Ley Constitucional de Garantías Individuales, del 29 de enero de 1849, el cual es redactado por una comisión de la que formaba parte Mariano Otero, a quien se le atribuye la paternidad, ya que fue su voto particular el que sentó las bases del Acta de Reforma.
- b) El Proyecto de la Ley de Amparo, del 3 de febrero de 1849. Se presentó pocos días después del anterior por el diputado Vicente Romero, mas no tuvo vigencia.
- c) Proyecto de Ley Orgánica del artículo 25 del Acta de Reforma, de febrero de 1852, a cargo del ministro de Justicia y Negocios Eclesiásticos, José Urbano Fonseca, pero no entró en vigor. Este proyecto fue influenciado por Otero.
- d) La Ley Orgánica de Procedimientos de los Tribunales de la Federación, del 26 de noviembre de 1861, durante el gobierno de Benito Juárez que, según Ferrer Mac-Gregor, es la primera ley en materia de amparo de México que exigía el artículo 102 de la Constitución federal, promulgada el 30 del mismo mes y año. Esta Ley no tuvo aplicación práctica por la intervención francesa y el imperio de Maximiliano, y fue hasta 1867, año en que Benito Juárez restableció la República.
- e) La Ley Orgánica de Amparo, del 20 de enero de 1896, promulgada por el presidente Benito Juárez y que deroga la anterior.
- f) Para abreviar continúan las leyes siguientes: la Ley Orgánica de Amparo, del 14 de diciembre de 1882; el Código de Procedimientos Federales, del 6 de octubre de 1897; el Código Federal de Procedimientos Civiles, del 26 de diciembre de 1808; la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 104 de la Constitución federal, del 18 de octubre de 1919.

Fix-Zamudio y Ferrer Mac-Gregor nos informan, confirmando lo expuesto en el inciso *d*, que la primera ley de amparo que registra la historia de México es la que expidió el Congreso de la Unión el 26 de noviembre de 1861, bajo el nombre de Ley Orgánica de Procedimien-

tos de los Tribunales de la Federación que exige el artículo 102 de la Constitución.¹ También lo sostienen Isidro Rojas y Francisco Pascual García.²

LA PRIMERA SENTENCIA DE AMPARO EN MÉXICO

Fix-Zamudio y Mac-Gregor señalan que sin dictarse la ley reglamentaria a que se refiere el artículo 5o. del Acta de Reforma, un juez suplente de San Luis Potosí, Pedro Zámano, el 13 de agosto de 1848 dictó la primera sentencia de amparo, en el que el agraviado, Manuel Verástegui, se quejó que el gobernador, Julián de los Reyes, ordenó su destierro. Se fundó el recurso en el artículo 25 del Acta de Reforma, y el gobernador argumentó que no había sido reglamentado, lo cual fue rechazado, y en consecuencia, se amparó al recurrente.

DIMENSIÓN INTERNACIONAL DEL AMPARO

El amparo es una institución de gran utilidad para la protección de los derechos fundamentales; se ha difundido en Europa, Latinoamérica y en diversos lugares del mundo, aunque no necesariamente con ese nombre y revestido de ciertas modalidades. Su interposición es sencilla, así como, su tramitación es rápida y efectiva, pues así lo exige su naturaleza, ya que de otra manera no tendría ningún valor.

La tradición mexicana ha contribuido a su incorporación en los instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XVIII), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 25.1 y otros) y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (artículo 2o.).

- ¹ Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *La acción constitucional de amparo en México y España. Estudio de derecho comparado*, México, Porrúa, 2002, pp. 92 y ss.; Héctor Fix-Zamudio, *Derecho de amparo*, México, Porrúa-UNAM, 2011.
- ² Isidro Rojas y Francisco Pascual García, *El amparo y sus reformas*, México, 1907, pp. 63 y ss. (edición facsimilar, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2002).

EL AMPARO COMO PRIMERA INFLUENCIA EN NICARAGUA

El amparo mexicano, que sin solución de continuidad llega hasta la Constitución de 1917, fue recibido primero en El Salvador en 1886, en Nicaragua en 1894 y en Guatemala en 1921. Se han aprobado en Nicaragua ocho leyes de amparo de carácter constitucional. Cada ley reglamentaba los artículos que previamente se consagraban en la Constitución vigente:

- a) La Ley de Amparo de 1894, que reglamenta los artículos 29 y 117 de la Constitución de 1893.
- b) La Ley de Amparo de 1912, que reglamenta los artículos 25 y 159 de la Constitución de 1911.
- c) La Ley de Amparo de 1939, que reglamenta el artículo 344 de la Constitución de 1939.
- d) La Ley de Amparo de 1948, que reglamenta el artículo 39 de la Constitución de 1948.
- e) La Ley de Amparo de 1950, que reglamenta los artículos 41 y 323 de la Constitución de 1950.
- f) La Ley de Amparo de 1974, que reglamenta los artículos 42 y 293.4 de la Constitución de la misma fecha.
- g) Al asumir el poder el Frente Sandinista dicta los estatutos que servían de Constitución para la defensa de los derechos, y después una Ley de Amparo en 1980. Por último, se decreta la Ley Amparo de 1988, que reglamenta los artículos 42 y 293.4 de la Constitución de 1987; dicha ley ha recibido varias reformas.
- h) Por reforma constitucional de 2014, en los artículos 187 y 190 se anuncia una Ley de Justicia Constitucional, que viene a sustituir a la Ley de Amparo y la cual comprendería el habeas data; el amparo contra funcionarios o autoridades; el recurso contra las leyes, decretos y reglamentos inconstitucionales; el conflicto de competencia y constitucionalidad entre los poderes del Estado; el control de constitucionalidad en el caso concreto con carácter incidental, y los conflictos de constitucionalidad entre el gobierno central y los gobiernos municipales y de las regiones autónomas de la Costa Caribe.

CONTENIDO DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917

La Constitución mexicana de 1917 es de las más conocidas y estudiadas por su novedad, contenido y su equilibrio en la combinación entre los derechos individuales y los sociales, lo cual representa una transformación del constitucionalismo, producto de una revolución en una época de la Revolución Industrial, que si bien significó un avance económico, provocó graves trastornos sociales, marginación de los trabajadores, pobreza, protestas laborales, etcétera. En resumen, esta Constitución fue una esperanza para el proletariado y el campesinado, y un ejemplo para los políticos y los gobiernos. Era un momento decisivo para generar cambios, los cuales se consagraron en la Constitución de España de 1931 y en la de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas de 1936.

La Constitución de 1917 es la primera Constitución económica y social a nivel internacional, adelantándose a las Constituciones de Weimar de 1919 y de la República española de 1931, así como al constitucionalismo inicial de la Unión Soviética, consagrado en la Declaración de Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado, del 23 de enero de 1918, y de la República Socialista Soviética, del 10 de julio del mismo año.³

El destacado constitucionalista argentino Segundo V. Linares Quintana⁴ expresa que ordinariamente se ha considerado a la Constitución alemana de Weimar de 1919 como el jalón inicial del constitucionalismo social, pero que corresponde a la Constitución mexicana de 1917 encabezar el principio de las Constituciones político-sociales. Se menciona que el artículo 27, relativo al nuevo concepto de la propiedad, en el que se impone el social sobre el individual, y el artículo 123 sientan los principios cardinales del derecho constitucional social.

El artículo 151 de la Constitución de Weimar señala el principio de que la vida debe ser organizada conforme a los principios de la justicia y tendiendo a asegurar en toda una existencia digna. La propiedad

³ Manuel García-Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, *Revista de Occidente*, 1953, pp. 578 y ss.

⁴ *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado. Parte general*, Buenos Aires, Alfa, 1953, t. I, pp. 127-129.

obliga (artículo 154); la repartición y utilización del suelo son controlados por el Estado para proporcionar a cada persona una habitación sana, un patrimonio familiar; además, el propietario debe cultivar lo que tiene y se establece el seguro social.

Es preciso señalar los derechos individuales y sociales de la Constitución mexicana de 1917, y después estudiar la influencia que ejercieron en nuestras Constituciones de 1939, 1948, 1950, 1974 y 1987.

Derechos individuales

- a) Derecho de igualdad (artículo 1o.).
- b) Enseñanza libre, laica y gratuita en los establecimientos oficiales (artículo 3o.).
- c) Prohibición de fueros y privilegios (artículo 13).
- d) Libertad de ocupación (artículo 4o.).
- e) Libertad de expresión (artículos 6o. y 7o.).
- f) Derecho de petición (artículo 8o.).
- g) Libertad de reunión y asociación (artículo 9o.).
- h) Libertad de movilización (artículo 11).
- i) Ninguna ley tiene efecto retroactivo; el delito debe estar determinado por la ley, y no puede aplicarse por analogía (artículo 14).
- j) Se prohíben las manos muertas (artículo 27, fracción II).
- k) Se prohíben los monopolios (artículo 28).
- l) No más de tres instancias (artículo 23).
- m) No hay detención por deudas civiles (artículo 20, fracción X).
- n) Se consagran garantías para el proceso penal, entre las que se prohíbe la pena de muerte (salvo para ciertos delitos), la mutilación, la doble condena, y la prohibición de la confiscación (artículos 20, 21, 22 y 23).
- o) La libertad de creencia religiosa (artículo 24).

Derechos sociales

- a) La limitación al derecho de propiedad (artículo 27).
- b) La Nación tiene el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público; para tal efecto se

procedió al fraccionamiento de los latifundios, el desarrollo de la pequeña propiedad y la creación de nuevos centros de población agrícola con las tierras y órganos indispensables.

Derechos laborales

En el artículo 123 se sientan los principios fundamentales del derecho laboral:

- a) Se dictaron leyes sobre el trabajo, las cuales se aplicaron a los obreros, jornaleros, los empleados, las domésticas, los artesanos y, en general, a todo contrato de trabajo.
- b) Las normas básicas del trabajo son las siguientes:
 - i) La jornada máxima de trabajo es de ocho horas.
 - ii) La limitación del trabajo nocturno es de siete horas.
 - iii) La reducción del trabajo de los menores.
 - iv) El descanso semanal.
 - v) La limitación del trabajo femenino.
 - vi) El salario mínimo.
 - vii) El principio de que “para trabajo igual debe corresponder salario igual”.
 - viii) La protección del salario.
 - ix) El trabajo rural.
 - x) La responsabilidad por los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales.
 - xi) El derecho a la huelga y al paro patronal (*lock-out*). Es la primera Constitución en reconocerlo.

LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917 Y LAS NUESTRAS

La Constitución de 1939

Las garantías individuales

Entre las garantías individuales, similares a las de la Constitución mexicana de 1917, señalamos las siguientes: el derecho de reunión, asociación y hacer peticiones (artículos 125, 126 y 127); el derecho de la

integridad física (artículo 35); la prohibición de la pena de muerte, salvo traición a la patria y otros delitos (artículo 36); la ley no tiene efecto retroactivo, excepto a favor del reo (artículo 43); no hay fuero atractivo (artículos 45 y 54); derecho a la defensa (artículo 47); no puede reverse el proceso fenecido (artículo 49); igualdad ante la ley (artículo 106); no hay cárcel por deuda (artículo 117); se consagra el derecho de amparo y el habeas corpus (artículos 118 y 119); la libre circulación (artículo 120); la libertad de conciencia (artículo 125), entre otros.

Las garantías sociales

Es nuestra primera Constitución de carácter social que consagró los derechos individuales y sociales.

Entre las garantías sociales, similares a las de la Constitución mexicana de 1917, se encuentran las siguientes: la inviolabilidad de la propiedad, pero se le imponen limitaciones y obligaciones por la función social que desempeña (artículos 64-72); el descanso obligatorio; el salario mínimo; la protección al salario; la indemnización por accidentes de trabajo; la regulación del trabajo de las mujeres y niños; el derecho a un mes de vacaciones; se establecen las condiciones que anulan el contrato de trabajo, y otras que sientan las bases del derecho laboral.

Asimismo, se anuncia la creación del Instituto de Seguro Social mediante la concurrencia de un fondo del obrero y patrón para cubrir los riesgos de enfermedad, invalidez, ancianidad y desocupación (artículos 104 y 105 de la Constitución).

La Constitución de 1948

Los derechos y garantías individuales

En esta Constitución se consagran los mismos derechos individuales de la anterior, pero con algunos matices: el derecho de reunión, asociación y petición (artículo 29); se aplica la pena de muerte en caso de traición a la patria y los graves de los militares (artículo 34); el habeas corpus y el amparo (artículos 38 y 39); no cárcel por deuda (artículo 43); no hay fuero atractivo (artículos 45 y 51); garantía en el proceso penal (artículo 49); libertad de movilización (artículo 55); la función

social de la propiedad (artículos 58-62); garantía de carácter social; la libertad de trabajo y profesión (artículo 82); la libertad de opinión (artículo 93), entre otros.

Los derechos sociales

Los derechos sociales para obreros y empleados los contempla el artículo 83, entre ellos tenemos a los siguientes: el descanso semanal obligatorio; la jornada máxima de trabajo; el salario mínimo; la protección al salario; la indemnización de los accidentes y riesgos del trabajo; la regulación del trabajo de mujeres y niños; las vacaciones de quince días después de seis meses de trabajo; también la Constitución señala las cláusulas que serán nulas en el contrato de trabajo (artículo 84) y el seguro social con el aporte del trabajador, el Estado y el patrón (artículo 85).

La Constitución de 1950

Los derechos y garantías individuales

En esta Constitución se establecieron los derechos y garantías individuales siguientes: la igualdad ante la ley (artículo 36); la pena de muerte sólo para ciertos delitos (artículo 37); el habeas corpus y el amparo (artículos 41, 229.11 y 323); garantías en el juicio penal (artículos 41-53); no hay fuero atractivo (artículos 48 y 55); el derecho de movilización (artículo 59); la inviolabilidad de la propiedad, pero limitada por su función social (artículo 63), derecho social; la libertad de asociación (artículos 32 y 91); la libertad de culto (artículo 84); no cárcel por deuda (artículo 47); se prohíben los monopolios (artículo 87); se propende a la división de los latifundios incultivados y se propone la creación y difusión de la mediana y pequeña propiedad (artículo 71) de carácter social; derecho de petición (artículo 32).

Derechos sociales

Las garantías sociales correspondientes a los trabajadores se establecieron en el artículo 95, a saber: el descanso obligatorio; la jornada máxima de trabajo; salario o sueldo igual por un trabajo igual en idénticas

condiciones de eficacia; el salario mínimo; la protección al pago del salario; la indemnización por accidente y riesgo profesional; la regulación del trabajo de las mujeres y los niños; las vacaciones. La Constitución también establece la nulidad de ciertas cláusulas onerosas para el trabajador en la contratación laboral (artículo 96) y siempre se regula el seguro social en las mismas condiciones de la Constitución anterior (artículo 97).

La Constitución de 1974

Los derechos y garantías individuales

Se contemplan los siguientes derechos y garantías: igualdad ante la ley (artículo 37); la pena de muerte para ciertos delitos (artículo 38); el habeas corpus y el amparo (artículos 42, 293.4 y 331); no hay cárcel por deudas civiles (artículo 48); la libertad de asociación (artículo 70); la libertad de expresión y pensamiento (artículos 71 y 72); las garantías del procesado (artículos 42-54); la ley no tiene efecto retroactivo, salvo a favor del delincuente (artículo 79); la propiedad tiene una función social y la limita (artículos 84 y 85), además de ser éste un derecho social; el derecho de petición (artículo 75); inclinación para dividir los latifundios incultivados y favorecer la creación y división de la mediana y pequeña propiedad rural (artículo 90), también derecho social.

Los derechos sociales

El artículo 105 garantiza al trabajador, entre otros, los siguientes derechos: su independencia moral y cívica; descanso semanal obligatorio; límites a la jornada de trabajo; un salario o sueldo igual por un trabajo igual con idénticas condiciones de eficacia; el salario mínimo; la protección al pago del salario; la indemnización por accidentes y riesgos profesionales; las vacaciones; el derecho de huelga. Asimismo, la Constitución dispuso la nulidad de ciertas cláusulas dañinas al trabajador (artículo 106) y el establecimiento de un seguro social mediante la contribución del Estado, el patrón y los trabajadores, que cubrirá en forma gradual y progresiva los casos de enfermedad, invalidez, muerte, viudez, orfandad, maternidad, riesgos profesionales y los demás que determine la ley.

La Constitución de 1987

La Constitución de 1987 es la Constitución vigente, y fue producto de la Revolución sandinista. Esta carta magna ha recibido varias reformas.

Los derechos y garantías individuales

Los derechos y garantías individuales son los siguientes: derecho a la vida y no permite la pena de muerte (artículo 23); la libertad individual (artículo 25); la igualdad ante la ley (artículo 27); la libertad de pensamiento (artículo 30); la libertad de movimientos (artículo 31); la garantía en el proceso penal (artículo 34); la ley no tiene efecto retroactivo, excepto a favor del reo (artículo 38).

Los derechos sociales

Los derechos sociales contemplados son los siguientes: la seguridad social (artículo 61); la reforma agraria como instrumento para la justa división de la tierra (artículo 106); esta reforma también es un mecanismo para abolir el latifundio y la explotación de los campesinos (artículo 107); se garantiza la propiedad de la tierra productiva y eficiente; los recursos naturales son patrimonio nacional y corresponde al Estado su desarrollo y explotación, pero puede celebrar contrato de explotación en forma racional (artículo 102); el derecho de los trabajadores a un salario igual en condiciones iguales; la protección al pago del salario; la jornada laboral de ocho horas; el descanso semanal; las vacaciones; la seguridad social (artículo 82); la prohibición del trabajo de menores (artículo 84).

Esta Constitución es la que ha recibido mayor influencia de la Constitución mexicana de 1917 con relación a los derechos sociales, culturales y económicos; además, incorpora los derechos humanos de la primera, segunda y tercera generación.



INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917 EN LA CONSTITUCIÓN Y CONSTITUCIONALISMO DE URUGUAY

Eduardo Gregorio Esteva Gallicchio*

INTRODUCCIÓN

Situación de Uruguay en febrero de 1917

Al momento de perfeccionarse la Constitución de México de 1917 regía en Uruguay la Constitución de 1830,¹ con la reforma parcial de 1912² en materia de procedimientos de reforma constitucional.

Ésta era una carta magna que se ajustaba a los lineamientos del derecho constitucional liberal clásico decimonónico.

Posición preeminente de José Batlle y Ordóñez

En el sistema político uruguayo destacaba en ese entonces, nítidamente, la figura del señor José Batlle y Ordóñez, ciudadano integrante del

* Universidad de Montevideo y Universidad Católica del Uruguay.

¹ Héctor Gros Espiell y Eduardo G. Esteva Gallicchio, *Constituciones iberoamericanas. Uruguay*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 29-44.

² Ley 4.257, del 28-VIII-1912, disponible en: <http://www.impo.com.uy/bases/leyes/4257-1912>.

Partido Colorado, que desempeñó la presidencia de la República durante dos periodos (1903-1907 y 1911-1915).

Conforme a lo previsto por la Constitución de 1830, el presidente de la República era electo indirectamente por la Asamblea General,³ órgano formado por la reunión de los miembros del Senado y de la Cámara de Representantes, y no podía ser reelecto sin que transcurriera un periodo de cuatro años desde su cese.⁴

Al culminar el desempeño de la primera presidencia, Batlle y Ordóñez se trasladó a Europa, fundamentalmente a Francia y al Reino Unido, regresando con la vivencia de la entonces llamada “cuestión obrera”.

Paulatinamente, se advirtió la influencia que en la formación del pensamiento de Batlle y Ordóñez ejercieron Karl Christian Friedrich Krause, Heinrich Ahrens y Guillaume Tiberghien.⁵

Durante la segunda presidencia, a través de leyes ordinarias, se concretaron algunas de sus propuestas. Por ejemplo, de la Ley 3.958, del 28 de marzo de 1912, reglamentó la expropiación de bienes inmuebles por causa de utilidad pública;⁶ la Ley 5.032, del 21 de julio de 1914, dispuso lo relativo a los accidentes de trabajo y la responsabilidad de los empleadores;⁷ Ley 5.350, del 17 de noviembre de 1915, reguló la jornada máxima de trabajo⁸ —en principio de ocho horas—, un día de descanso hebdomadario y un máximo de 48 horas semanales de trabajo.⁹

³ Artículo 73.

⁴ Artículo 75.

⁵ Luis Víctor Anastasia *et al.*, *Las ideas filosóficas que influyeron en la formación del Uruguay contemporáneo. Krause-Ahrens-Tiberghien. Estudios y selección de textos*, Montevideo, Fundación Prudencio Vázquez y Vega-Fundación Hanns Seidel, 1988, *passim*.

⁶ Disponible en: <http://www.impo.com.uy/bases/leyes/3958-1912>.

⁷ Disponible en: <http://www.impo.com.uy/bases/leyes/5032-1914>.

⁸ Los legisladores electos por el Partido Nacional, el doctor Luis A. de Herrera y el señor Carlos Roxlo, habían presentado en 1905 un proyecto que fijaba la jornada máxima en nueve horas. Véase Luis A. de Herrera y Carlos Roxlo, *Ley del trabajo. Proyecto presentado a la H. Cámara de Diputados*, Montevideo, Tipografía Uruguaya de Marcos Martínez, 1905, 79 pp.

Luego, se ingresaron al Poder Legislativo varios proyectos impulsados por José Batlle y Ordóñez: en 1906 sobre ocho horas de jornada, y en 1911 uno donde se establecía una jornada de ocho horas, se prohibía el trabajo de los menores de trece años y se otorgaba un día de descanso cada seis trabajados.

⁹ Disponible en: <http://www.impo.com.uy/bases/leyes/5350-1915>.

LAS CONSTITUCIONES MEXICANA DE 1917 Y URUGUAYA DE 1918

Referencias a la Constitución de Querétaro

En los antecedentes del procedimiento de elaboración de la Constitución uruguaya de 1918 hallamos algunas referencias¹⁰ a la mexicana de 1917.¹¹ Considero que esta circunstancia se explica por cuatro razones o motivos.

La primera razón es de carácter temporal, porque el Constituyente de Querétaro se instaló el 1o. de diciembre de 1916 y la Constitución mexicana fue promulgada el 5 de febrero de 1917,¹² en tanto que el pacto político celebrado entre el Partido Colorado Batllismo y algunos sectores del Partido Nacional,¹³ que posibilitó el perfeccionamiento de la uruguaya, fue de mayo del mismo año. Resultó mínimo, pues, el lapso disponible para la difusión de la Constitución mexicana en Uruguay.

El segundo motivo es conceptual y de técnica constitucional, pues en Uruguay se prefirió incorporar al texto de la Constitución, respecto de los derechos económicos, sociales y culturales, disposiciones programáticas, dejando librado su desarrollo a la ley ordinaria.¹⁴

La tercera razón atiende a que la Constitución uruguaya elaborada en 1917 acogió la fórmula de recepción de los derechos no enumerados al incluir el artículo 173,¹⁵ y por entonces se consideraba que ello podía ser suficiente.

¹⁰ Se estiman pertinentes la separación entre el Estado y las iglesias y el artículo 123 de la Constitución elaborada por el Constituyente de Querétaro.

¹¹ La afirmación resulta de la compulsa del *Diario de sesiones de la H. Convención Nacional Constituyente de la República Oriental del Uruguay (1916-1917)*, Montevideo, Imprenta Nacional, 1918, ts. I-IV, y *Actas de la Comisión de Constitución (1916-1917)*, Montevideo, Imprenta Nacional, 1918.

¹² Disponible en: http://www.constitucion1917.gob.mx/es/Constitucion1917/Congreso_Constituyente_y_Constitucion_de_1917.

¹³ Este pacto es llamado “Pacto de los 8”, pues fue suscrito por cuatro ciudadanos en representación del Partido Colorado y cuatro en representación del Partido Nacional. Véase con mayor detalle en Eduardo G. Esteva Gallicchio, *Lecciones de derecho constitucional* 2, t. I: *Historia constitucional del Uruguay*, 2a. ed., Montevideo, *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, 1993, pp. 121 y 122.

¹⁴ Por todos, véase Justino Jiménez de Aréchaga, *La Constitución nacional*, Montevideo, Organización Taquigráfica Medina, 1946, t. II, pp. 27 y 28, y 175-177.

¹⁵ “La enumeración de derechos y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana

El cuarto motivo es porque en Uruguay la cuestión constitucional básica era, desde 1913,¹⁶ para el sector del Partido Colorado liderado por Batlle y Ordóñez, la de organización pluripersonal o colegiada del Poder Ejecutivo, y para el Partido Nacional —también denominado Partido Blanco—era, desde la finalización de la guerra civil (1904), la de las garantías electorales y del sufragio. No fue, pues, tema central en la Constituyente uruguaya, el del constitucionalismo social.¹⁷

*Relaciones entre el Estado y las iglesias, especialmente
con la Iglesia católica*

Existió coincidencia entre ambas Constituciones en lo relativo a adoptar, en punto a las relaciones entre el Estado y las iglesias, el sistema de separación, aunque difirieron respecto del subsistema adoptado, según resulta del cotejo de los artículos 27, fracción II, 130 y concordantes de la mexicana y 5o. de la uruguaya.

de gobierno”. Con la adición desde 1934 del vocablo “deberes”, a continuación de derechos, es el vigente artículo 72.

¹⁶ Fecha de publicación en el diario *El Día*, dirigido por Batlle y Ordóñez, de los “Apuntes sobre el colegiado”. Véase Eduardo G. Esteva Gallicchio, *Documentos para el estudio de la historia constitucional del Uruguay*, Montevideo, Industria Gráfica Nuevo Siglo Ltda., 1994, t. II, pp. 103-106. En Uruguay no se ha analizado todavía la influencia en la formación de la propuesta de gobierno pluripersonal o colegial de Batlle y Ordóñez, del Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana o Constitución de Apatzingán de octubre de 1814.

¹⁷ La Constitución de la provincia de Mendoza, de la República Argentina, del 11 de febrero de 1916, también pudo ser considerada como antecedente por su proximidad con Uruguay. En efecto, su artículo 44 preceptuó, como solución de principio, el descanso dominical o hebdomadario; el artículo 45 ordenó a la legislatura expedir “una ley de amparo y reglamentaria del trabajo de las mujeres y niños menores de dieciocho años, en las fábricas, talleres, casas de comercio, y demás establecimientos industriales, asegurando en general, para el obrero, las condiciones de salubridad en el trabajo y la habitación”, así como la reglamentación de la jornada de trabajo; para las obras o servicios públicos en establecimientos del Estado se fijó la jornada de ocho horas. Por su parte, el artículo 99, núm. 8, previó una “...ley general de jubilaciones y pensiones civiles por servicios prestados a la Provincia, creando un fondo a base del descuento forzoso de los haberes correspondientes a los empleados que hubieren de gozar de sus beneficios”; asimismo, el artículo 212 sentó las bases a las que deberían ajustarse las leyes que organicen y reglamenten la educación, entre ellas la que establece que “la educación será laica, gratuita y obligatoria, en las condiciones y bajo las penas que la ley establezca”.

En efecto, la Constitución uruguaya de 1918 suprimió el preámbulo que provenía de la carta de 1830, especialmente por la invocación a Dios,¹⁸ y reformó el artículo 5o.,¹⁹ estableciendo un sistema de separación neutral o benévola²⁰ entre el Estado y las iglesias.²¹

*Proyectos de reforma constitucional del Partido
Nacional y del Partido Socialista*

Algunos proyectos de reforma constitucional mostraron puntos de coincidencia con las prácticamente simultáneas formulaciones mexicanas, pero no prosperaron.

Entre ellos, tenemos al proyecto de la Comisión de Constituyentes Nacionalistas —Partido Nacional, segundo en importancia en el país—, que previó la obligatoriedad de la enseñanza primaria y del derecho de enseñar,²² y el de los constituyentes del Partido Socialista —el doctor Emilio Frugoni y al señor Celestino Mibelli—, donde se dispuso que los bienes eclesiásticos de origen nacional pasarían a ser del dominio del Estado; consagró el derecho de huelga; asignó a la Nación

¹⁸ Eduardo G. Esteva Gallicchio, “Uruguay”, en Antonio Torres del Moral y Javier Tajadura Tejada, *Los preámbulos constitucionales en Iberoamérica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pp. 395-398.

¹⁹ “Todos los cultos religiosos son libres en el Uruguay. El Estado no sostiene religión alguna. Reconoce a la Iglesia Católica el dominio de los templos que hayan sido total o parcialmente construidos con fondos del Erario Nacional, exceptuándose sólo las capillas destinadas al servicio de asilos, hospitales, cárceles u otros establecimientos públicos. Declara, asimismo, exentos de toda clase de impuestos a los templos consagrados actualmente al culto de las diversas religiones”. El texto, salvo por la eliminación de la palabra “actualmente” en la oración final, continúa en vigor con idéntica numeración.

²⁰ En el *Diario de sesiones de la H. Convención Nacional Constituyente de la República Oriental de Uruguay (1916-1917)* (*cit.*, t. III, pp. 145-147 y 359, y t. IV, p. 14) hay referencias a aspectos de la situación en México. Véase, críticamente, Carlos Demasi, “Dos procesos innovadores. Las reformas constitucionales de 1917 en México y Uruguay”, *Relaciones Internacionales*, La Plata (República Argentina), vol. 27, 2004, pp. 105-107.

²¹ Como uno de los antecedentes vernáculos tenemos al Proyecto de Constitución propuesto por José Batlle y Ordóñez, aprobado por la Convención del Partido Colorado el 25 de mayo de 1916, artículo 5o. Véase Eduardo G. Esteva Gallicchio, *Documentos para el estudio...*, *cit.*, t. II, p. 107.

²² Sobre el alcance del proyecto, véase Eduardo G. Esteva Gallicchio, *Lecciones de derecho constitucional 2...*, *cit.*, pp. 116 y 117.

la titularidad de la propiedad sobre bienes del subsuelo, con prohibición de enajenarla,²³ etcétera.

*Un proyecto que transcribió el artículo 127
de la Constitución mexicana*

El proyecto de enmiendas²⁴ constitucionales que presentó el 11 de agosto de 1917 el constituyente Atilio Narancio del Partido Colorado batllismo, titulado “Del trabajo y de la previsión social”, demostró el conocimiento del resultado de la obra del Constituyente de Querétaro. Este proyecto contenía una extensa exposición de motivos²⁵ y dos artículos.²⁶

El primer artículo ordenaba al Poder Legislativo expedir leyes sobre el trabajo, sin contrariar las bases resultantes de los treinta ordinales que incluía. En gran medida, se trató de la reproducción literal del artículo 123 de la Constitución mexicana y de las primeras XXX fracciones del apartado A.

Por su parte, el otro artículo disponía que “todo habitante” que por cualquier circunstancia se encuentre sin trabajo y carezca de medios de subsistencia, “tiene derecho a que el Estado le proporcione alimentación, alojamiento, abrigo y asistencia en caso de enfermedad”, cesando el derecho “cuando la persona socorrida se negare, sin justa causa, a aceptar trabajo”.

Una vez que se realizó la lectura del articulado, el constituyente Narancio expresó:

...al tratar el punto de previsión social creo que trato de una de las cuestiones más importantes de las democracias modernas.

—(Apoyados). —(¡Muy bien!)—(Aplausos en la barra).

²³ *Ibidem*, p. 120.

²⁴ Durante la elaboración de la Constitución de 1918 se distinguieron los procedimientos de reforma constitucional y los de enmiendas constitucionales.

²⁵ Cuya lectura se suprimió al ser presentado, y luego se incorporó. Cfr. *Diario de sesiones de la H. Convención Nacional Constituyente de la República Oriental del Uruguay (1916-1917)*, cit., t. IV, pp. 36-44.

²⁶ *Ibidem*, pp. 32-34.

...casi por entero no me pertenece. Ese largo articulado, como lo expongo en mi exposición de motivos, pertenece a la Constitución mejicana. Por lo tanto, ya hay un Estado en América que, dando pruebas de la liberalidad de los ideales que deben presidir la marcha de las nuevas democracias, ha estatuido todos estos principios que yo propongo en mi proyecto de enmiendas.²⁷

En la exposición de motivos del proyecto, el mencionado constituyente señaló:

...la Constitución mexicana... hija de ciudadanos preclaros que sabían de los sufrimientos del caos y de la anarquía que reinó durante largos meses sobre la patria hermana, esos hombres, que con Carranza a la cabeza, incrustaron en su obra los postulados que habían proclamado en la llanura, que declararon como definitivos los principios avanzados de legislación social, esa obra, digo, merece ser tomada como ejemplo al dictar toda nueva Constitución. De su estudio se desprenden sabios consejos, se obtienen hondas enseñanzas, que nos hablan de la necesidad de salir de las rutas trazadas y aventurarnos un poco en el porvenir, si queremos antes que tener que curarlas, prevenir graves y hondas perturbaciones sociales.²⁸

Días después se produjo un fuerte debate político sobre el proyecto presentado por Narancio, entre el constituyente del Partido Socialista, el doctor Emilio Frugoni, y diversos constituyentes del Partido Colorado batllismo.²⁹

Finalmente concluyó la labor de la Constituyente, que se atuvo al contenido del Pacto de los 8³⁰ y no incluyó los artículos referidos.

La utilidad pública: nueva causal para la expropiación

El artículo 169 de la Constitución uruguaya de 1918 suprimió la calificación como sagrada e inviolable de la propiedad, y adicionó a la necesidad, el término de “utilidad pública” como causal para la even-

²⁷ *Ibidem*, pp. 34 y 35.

²⁸ *Ibidem*, p. 36.

²⁹ *Ibidem*, pp. 94 y 95.

³⁰ Véase nota 13.

tualidad de expropiación, en la misma línea del artículo 27, inciso 2o., de la Constitución mexicana.³¹

INFLUENCIA EN LA CONSTITUCIÓN URUGUAYA DE 1934

El golpe de Estado de 1933

El 31 de marzo de 1933 se formalizó en Uruguay la primera ruptura del orden constitucional en el siglo XX. El golpe de Estado fue concretado, con el apoyo del sector del Partido Nacional liderado por el doctor Luis A. de Herrera, por el presidente de la República, el doctor Gabriel Terra.³²

Referencias a la Constitución mexicana

En los antecedentes³³ del procedimiento de elaboración de la Constitución uruguaya de 1934 no hallamos referencias expresas a la Constitución mexicana de 1917 como fuente de las reformas.

Considero, sin embargo, que en su calidad de primera expresión del constitucionalismo social en el mundo y a la luz de los antecedentes en el procedimiento de elaboración de la Constitución de 1918, la Constitución mexicana de 1917 fue fuente inspiradora de varias fórmulas constitucionales uruguayas, aunque dicha circunstancia no se haya manifestado en el tenor literal de las disposiciones.

Incorporación de derechos económicos y sociales

La Constitución uruguaya de 1934 presentó como una de sus principales características³⁴ la incorporación de derechos económicos, socia-

³¹ “Las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización”.

³² Ciudadano electo por el Partido Colorado.

³³ *Diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente*, Montevideo, Imprenta Nacional, 1935, ts. I y II, y *Comisión de Constitución de la III Convención Constituyente. Actas*, Montevideo, Imprenta Nacional, 1935.

³⁴ Justino Jiménez de Aréchaga, *La Constitución nacional*, Montevideo, Organización Taquigráfica Medina, 1946, t. I, p. 83; *id.*, *La Constitución de 1952*, Montevideo,

les y culturales, que fueron incluidos, especialmente, en el capítulo II de la sección II, intitulada “Derechos, deberes y garantías”.

El Proyecto del Partido Nacional Herrerismo

La mayor parte de los derechos económicos, sociales y culturales incorporados por la Constitución de 1934 provienen del proyecto de reforma constitucional suscrito por los representantes del Partido Nacional Herrerismo.³⁵

En este proyecto, que coincidía básicamente con el llamado “Proyecto del Albeniz”,³⁶ aprobado el 18 de julio de 1931,³⁷ se incorporó una parte titulada “Reformas de carácter *social y general*”³⁸ y constituye una fuente inmediata de la reforma constitucional de 1934.

La problemática del constitucionalismo social en los debates de la Constituyente uruguaya de 1916 parecieron alcanzar a la disputa entre el sector batllista del Partido Colorado y el Partido Socialista,³⁹ pero desde 1931 el Partido Nacional terciará con este proyecto.

Medina, 1952, t. I, p. 52; Eduardo J. Couture y Aníbal L. Barbagelata, “Las cláusulas económico-sociales de la Constitución uruguaya”, *Las cláusulas económico-sociales de las Constituciones de América*, t. I: *Sud América*, Buenos Aires, Academia de Ciencias Económicas-Lozada, 1948, pp. 397 y ss.; Héctor Gros Espiell y Eduardo G. Esteva Gallicchio, *op. cit.*, pp. 84 y 85, y 167-170; Eduardo G. Esteva Gallicchio, *Lecciones de derecho constitucional 2...*, *cit.*, p. 166.

³⁵ Sector liderado por el doctor Luis Alberto de Herrera.

³⁶ Era la denominación de un teatro montevidiano. Sobre aspectos del proyecto, véase Héctor Gros Espiell y Eduardo G. Esteva Gallicchio, *op. cit.*, p. 67, especialmente nota al pie 150.

³⁷ Primero, éste fue presentado originalmente como proyecto de ley en la Cámara de Representantes (*Diario de sesiones de la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay*, t. 372, p. 182); luego, es aprobado por la Convención del Partido Nacional el 10 de diciembre de 1932; finalmente, se ofrece como proyecto de reforma constitucional (*Diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente*, *cit.*, t. I, pp. 88 y 89).

³⁸ Eduardo G. Esteva Gallicchio, *Lecciones de derecho constitucional 2...*, *cit.*, p. 166. Por ejemplo, el ordinal 5 dice: “Declárase de utilidad social la gratuidad de la enseñanza oficial, primaria, media, universitaria, profesional, industrial y artística, y de la educación física; la creación de becas de perfeccionamiento y especialización cultural, científica y obrera y el establecimiento de bibliotecas populares”. Si cotejamos este ordinal 5 de las “Reformas de carácter social y general” del proyecto con el artículo 62 de la Constitución de 1934, comprobamos que ha sido tomado literalmente. Lo mismo sucede con otras de las novedosas disposiciones.

³⁹ Véase el análisis de Carlos Demasi, *op. cit.*, pp. 106-108.

*Ejemplos de la influencia de la Constitución mexicana
de 1917 en la Constitución uruguaya de 1934*

Sobre diversos aspectos de la regulación del trabajo

El artículo 52 de la Constitución uruguaya dispuso:⁴⁰

La ley ha de reconocer a quien se hallare en una relación de trabajo o servicio, como obrero o empleado, la independencia de su conciencia moral y cívica; la justa remuneración; la limitación de la jornada; el descanso semanal y la higiene física y moral.

El trabajo de las mujeres y de los menores de dieciocho años será especialmente reglamentado y limitado.

Estimo que la redacción toma inspiración en varias de las fracciones del artículo 123 mexicano, con la peculiaridad de la diferencia de técnica constitucional en la redacción: concisa una, mientras que detallada la otra.

Sobre gratuidad de la enseñanza

El artículo 62, inciso 1o., de la Constitución uruguaya de 1934⁴¹ expresó:

...declárese de utilidad social la gratuidad de la enseñanza oficial, primaria, media, universitaria, profesional, industrial y artística, y de la educación física; la creación de becas de perfeccionamiento y especialización cultural, científica y obrera y el establecimiento de bibliotecas populares.

Considero que tomó como fuente de inspiración la consagración de la gratuidad realizada por el artículo 3o., inciso 4o., de la Constitución mexicana,⁴² aunque extendiéndolo a los otros niveles de enseñanza, así como, en general, facilitando el acceso a la cultura.

⁴⁰ Este precepto concuerda con el artículo 54 de la Constitución vigente.

⁴¹ Esta disposición es coincidente con el artículo 71, inciso 1o., de la Constitución vigente.

⁴² “En los establecimientos oficiales se impartirá gratuitamente la enseñanza primaria”.

Sobre obligatoriedad de la enseñanza

El artículo 61⁴³ de la Constitución uruguaya preceptuó: “Es obligatoria la enseñanza primaria... El Estado dispondrá lo necesario para su cumplimiento”.

Este artículo reconoce como fuente indirecta el artículo 31, fracción I,⁴⁴ de la Constitución mexicana.

Bien de familia

El artículo 48 de la Constitución de 1934⁴⁵ dispuso: “El «bien de familia», su constitución, conservación, goce y transmisión, serán objeto de una legislación protectora especial”.

Esta disposición continúa, pues, la línea del artículo 27, fracción XVII,⁴⁶ y el artículo 123, apartado A, fracción XXVIII, de la Constitución mexicana.⁴⁷

Alimentación y alojamiento adecuados del personal en los establecimientos

El artículo 55⁴⁸ reformado señaló: “Toda empresa cuyas características determinen la permanencia del personal en el respectivo establecimiento, estará obligada a proporcionarle alimentación y alojamiento adecuados, en las condiciones que la Ley establecerá”.

⁴³ El artículo 70 de la Constitución vigente desde 1967 adicionó la obligatoriedad de la enseñanza media, agraria o industrial.

⁴⁴ “Son obligaciones de los mexicanos:

I. Hacer que sus hijos o pupilos, menores de quince años, concurran a las escuelas públicas o privadas, para obtener la educación primaria elemental y militar...”.

⁴⁵ Esta disposición coincide con el artículo 49 de la Constitución vigente.

⁴⁶ “Las leyes locales organizarán el patrimonio de familia, determinando los bienes que deben constituirlo, sobre la base de que será inalienable y no estará sujeto a embargo, ni a gravamen ninguno”.

⁴⁷ “Las leyes determinarán los bienes que constituyan el patrimonio de la familia, bienes que serán inalienables, no podrán sujetarse a gravámenes reales ni embargos y serán transmisibles a título de herencia con simplificación de las formalidades de los juicios sucesorios...”.

⁴⁸ Este precepto concuerda con el artículo 56 de la Constitución vigente.

Considero que el artículo 123, apartado A, fracción XV,⁴⁹ de la Constitución mexicana influyó en la fórmula adoptada en el artículo 55 antes referido.

Asociaciones de trabajadores, conciliación
y arbitraje y derecho de huelga

La Constitución uruguaya de 1934 incorporó como artículo 56⁵⁰ lo siguiente:

La Ley promoverá la organización de sindicatos gremiales, acordándoles franquicias y dictando normas para reconocerles personería jurídica. Promoverá, asimismo, la creación de tribunales de conciliación y arbitraje. Declárase que la huelga es un derecho gremial. Sobre esta base se reglamentará su ejercicio y efectividad.

Estimo que la Constitución de México fue fuente indirecta de inspiración a través del artículo 123;⁵¹ no obstante, resalta la generalmente señalada originalidad de la redacción de la fórmula uruguaya.⁵²

⁴⁹ “El patrono estará obligado a observar en la instalación de sus establecimientos los preceptos legales sobre higiene y salubridad... así como a organizar de tal manera... el trabajo... que resulte para la salud y la vida de los trabajadores la mayor garantía, compatible con la naturaleza de la negociación...”.

⁵⁰ Esta disposición coincide con el artículo 57 de la Constitución vigente.

⁵¹ Apartado A, fracciones XVI (tanto los obreros como los empresarios tendrán derecho para coaligarse en defensa de sus respectivos intereses, formando sindicatos, asociaciones profesionales, etcétera), XVII (las leyes reconocerán como un derecho de los obreros y de los patronos las huelgas y los paros) y XX (las diferencias o los conflictos entre el capital y el trabajo se sujetarán a la decisión de una junta de conciliación y arbitraje, formada por igual número de representantes de los obreros y de los patronos y uno del gobierno). Apartado B, fracción X: “Los trabajadores tendrán el derecho de asociarse para la defensa de sus intereses comunes. Podrán, asimismo, hacer uso del derecho de huelga previo el cumplimiento de los requisitos que determine la ley, respecto de una o varias dependencias de los Poderes Públicos, cuando se violen de manera general y sistemática los derechos que este artículo les consagra”.

⁵² Eduardo J. Couture y Américo Plá Rodríguez, *La huelga en el derecho uruguayo*, Montevideo, M. B. A., 1951, pp. 22-25. Ellos incluyen una misiva del autor del texto, el contador Mariano García Selgas, en la que expresa que la redacción “no fue tomada de ningún otro texto constitucional...”. *Ibidem*, p. 25.

Previsión y seguridad social

En la Constitución uruguaya se incorporó el artículo 58,⁵³ que señaló:

Las jubilaciones generales y seguros sociales se organizarán en forma de garantizar a todos los trabajadores, patronos, empleados y obreros, retiros adecuados y subsidios para los casos de accidentes, enfermedad, invalidez, desocupación forzosa, etc.; y a sus familias, en caso de muerte, la pensión correspondiente.

La pensión a la vejez constituye un derecho para el que llegue al límite de la edad productiva, después de larga permanencia en el país y carezca de recursos para subvenir a sus necesidades vitales.

Considero que entre sus fuentes se encuentra el artículo 123 constitucional mexicano.⁵⁴

LAS CONSTITUCIONES URUGUAYAS POSTERIORES

Las Constituciones de 1952 y de 1967, así como las reformas parciales de 1989, 1994, 1997 y 2004, mantuvieron las formulaciones adoptadas por la de 1934 en materia de derechos económicos, sociales y culturales,⁵⁵ y no se hicieron propuestas para ampliarlos.

Por ese motivo, la influencia de la Constitución mexicana de 1917 en Uruguay debe ser analizada en el marco de las constituyentes de 1916-1917 y de 1934, pues no existieron debates posteriores relacionados con la problemática del constitucionalismo social.

CONCLUSIONES

Según surge del desarrollo precedente, el texto original de la Constitución mexicana de 1917 produjo efectos en la Constitución y en

⁵³ Este artículo concuerda con el actual artículo 67, inciso 1. El texto vigente tiene incisos agregados por las reformas constitucionales parciales de 1989 y 1994.

⁵⁴ Fracción XXIX: “Se considera de utilidad pública la expedición de la Ley del Seguro Social, y ella comprenderá seguros de invalidez, de vida, de cesación involuntario del trabajo, de enfermedades y accidentes y otros con fines análogos”.

⁵⁵ La reforma constitucional parcial de 1997 agregó la regulación de derechos ambientales (artículo 47). En el mismo artículo, la reforma parcial de 2004 adicionó los derechos al agua potable y al saneamiento.

el constitucionalismo uruguayo, fundamentalmente respecto de dos temas: las relaciones entre el Estado y las iglesias y la configuración del constitucionalismo social.⁵⁶

Acerca del primer punto, en Uruguay se adoptó el sistema de separación, pero el concepto de laicidad del Estado no fue coincidente.⁵⁷

En lo que atañe al segundo, la influencia fue conceptual, aunque no se tradujo literalmente.

En mi opinión, no cabe duda que la primera expresión del constitucionalismo social del mundo⁵⁸ fue la elaborada por el Constituyente de Querétaro, y que su obra tuvo difusión en la República Oriental del Uruguay.⁵⁹

En efecto, la colección de Constituciones que circulaba en Uruguay, lo cual se encontraba a su vez disponible en las principales bibliotecas, incluía la de México de 1917.⁶⁰

En cuanto al constitucionalismo social, la influencia se concretó en Uruguay con la reforma de 1934 —con base en lo que resulta del anterior procedimiento constituyente de 1916-1917— y, en mi concepto, indirectamente, a través de las Constituciones alemana de Weimar de

⁵⁶ Véanse, por ejemplo, Héctor Fix-Zamudio, “La Constitución y el Estado social de derecho”, *El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX: la Constitución 70 años después*, México, UNAM, 1988, vol. V, p. 73; Jorge Mario García Laguardia, “El constitucionalismo social y la Constitución mexicana de 1917. Un texto modelo y precursor”, *Congreso internacional sobre el 75 aniversario de la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, UNAM, 1993, pp. 63 y 64; Sergio García Ramírez, “Raíz y horizonte de los derechos «sociales» en la Constitución mexicana”, *Liber amicorum Héctor Fix-Zamudio*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, vol. I, pp. 83-85 y 92-94; Alberto Trueba Urbina, *La primera Constitución político-social del mundo*, México, Porrúa, 1971, *passim*.

⁵⁷ Héctor Gros Espiell y Eduardo G. Esteva Gallicchio, *op. cit.*, pp. 71 y 72.

⁵⁸ Sin prescindir de la precedentemente recordada Constitución provincial de Mendoza de 1916, la de México es la primera *lex legum* de un Estado federal.

⁵⁹ Observa Carlos Demasi (*op. cit.*, p. 104) que un periodista uruguayo, Manuel Suárez Díaz, radicado en México, donde utilizaba el seudónimo “Fray Lind”, fue entrevistado por el diario *El Día* del 21 de octubre de 1916, p. 3. Se presentó como portavoz de la Revolución mexicana, pero no se refirió a la convocatoria del constituyente.

⁶⁰ Nicolás Pérez Serrano y C. González Posada, *Constituciones de Europa y América*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1927, t. II, pp. 149-231. No estaba incluida en otras colecciones usuales; por ejemplo, Boris Mirkine-Guetzévitch, *Les Constitutions de l'Europe nouvelle*, París, Librairie Delagrave, 1928, 412 pp., y Mario García Kohly, *El problema constitucional en las democracias modernas*, Madrid, Compañía Ibero-Americana de Publicaciones, 1931, 379 pp.

1919 y española republicana de 1931,⁶¹ que recibieron el constitucionalismo social.

Respecto del constitucionalismo social, se advierte una diferencia en la técnica constitucional adoptada por los constituyentes uruguayos, quienes prefirieron formulaciones concisas y no detalladas como la mexicana.

BIBLIOGRAFÍA

- ANASTASÍA, Luis Víctor *et al.*, *Las ideas filosóficas que influyeron en la formación del Uruguay contemporáneo. Krause-Abrens-Tiberghien. Estudios y selección de textos*, Montevideo, Fundación Prudencio Vázquez y Vega-Fundación Hanns Seidel, 1988.
- COUTURE, Eduardo J. y Américo Plá Rodríguez, *La huelga en el derecho uruguayo*, Montevideo, M. B. A., 1951.
- y Aníbal L. Barbagelata, “Las cláusulas económico-sociales de la Constitución uruguaya”, *Las cláusulas económico-sociales de las Constituciones de América*, t. I: *Sud América*, Buenos Aires, Academia de Ciencias Económicas-Lozada, 1948.
- DEMASI, Carlos, “Dos procesos innovadores. Las reformas constitucionales de 1917 en México y Uruguay”, *Relaciones Internacionales*, La Plata (República Argentina), vol. 27, 2004.
- ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo G., *Documentos para el estudio de la historia constitucional del Uruguay*, 2a. ed., Montevideo, Industria Gráfica Nuevo Siglo Ltda., 1994, t. II.
- , *Lecciones de derecho constitucional 2*, t. I: *Historia constitucional del Uruguay*, 2a. ed., Montevideo, *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, 1993.
- , “Uruguay”, en Antonio Torres del Moral y Javier Tajadura Tejada, *Los preámbulos constitucionales en Iberoamérica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

⁶¹ Por ejemplo, véanse Nicolás Pérez Serrano, *La Constitución española (9 de diciembre de 1931). Antecedentes, texto, comentarios*, Madrid, *Revista de Derecho Privado*, 1932, p. 80; María Pilar Villabona, “La Constitución mexicana de 1917 y la española de 1931”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, nueva época, núms. 31-32, enero-abril de 1983, pp. 199 y ss.; María Elena García Expósito, “La influencia de los derechos sociales de la Constitución mexicana de 1917 en la Constitución española de 1931”, *Congreso internacional sobre el 75 aniversario de la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, UNAM, 1993, pp. 705 y ss.

- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “La Constitución y el Estado social de derecho”, *El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX: la Constitución 70 años después*, México, UNAM, 1988, vol. V.
- GARCÍA EXPÓSITO, María Elena, “La influencia de los derechos sociales de la Constitución mexicana de 1917 en la Constitución española de 1931”, *Congreso internacional sobre el 75 aniversario de la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, UNAM, 1993.
- GARCÍA KOHLY, Mario, *El problema constitucional en las democracias modernas*, Madrid, Compañía Ibero-Americana de Publicaciones, 1931.
- GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, “El constitucionalismo social y la Constitución mexicana de 1917. Un texto modelo y precursor”, *Congreso internacional sobre el 75 aniversario de la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, UNAM, 1993.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Raíz y horizonte de los derechos «sociales» en la Constitución mexicana”, *Liber amicorum Héctor Fix-Zamudio*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, vol. I.
- GROS ESPIELL, Héctor y Eduardo G. Esteva Gallicchio, *Constituciones iberoamericanas. Uruguay*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- HERRERA, Luis A. de y Carlos Roxlo, *Ley del trabajo. Proyecto presentado a la H. Cámara de Diputados*, Montevideo, Tipografía Uruguaya de Marcos Martínez, 1905.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, *La Constitución de 1952*, Montevideo, Medina, 1952, t. I.
- , *La Constitución nacional*, Montevideo, Organización Taquigráfica Medina, 1946, ts. I y II.
- MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, *Les Constitutions de l'Europe nouvelle*, París, Librairie Delagrave, 1928.
- PÉREZ SERRANO, Nicolás, *La Constitución española (9 de diciembre de 1931). Antecedentes, texto, comentarios*, Madrid, *Revista de Derecho Privado*, 1932.
- y C. González Posada, *Constituciones de Europa y América*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1927, t. II.
- TRUEBA URBINA, Alberto, *La primera Constitución político-social del mundo*, México, Porrúa, 1971.
- VILLABONA, María Pilar, “La Constitución mexicana de 1917 y la española de 1931”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, nueva época, núms. 31-32, enero-abril de 1983.

Fuentes Constitución 1918

- Sesiones preparatorias 1ª a 11ª*, Montevideo, Imprenta “El Siglo Ilustrado”, 1917.
- Solemne inauguración de las sesiones ordinarias 1ª a 17ª, año 1916*, Montevideo, Imprenta “El Siglo Ilustrado”, 1917.
- Proyectos de reforma presentados y sometidos a la Comisión de Constitución*, Montevideo, Imprenta Latina, 1917.
- Actas de la Comisión de Constitución (1916-1917)*, Montevideo, Imprenta Nacional, 1918.
- Diario de sesiones de la H. Convención Nacional Constituyente de la República Oriental del Uruguay (1916-1917)*, Montevideo, Imprenta Nacional, 1918, ts. I-IV.

Fuentes Constitución 1934

- Comisión de Constitución de la III Convención Constituyente. Actas*, Montevideo, Imprenta Nacional, 1935.
- Diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente*, Montevideo, Imprenta Nacional, 1935, ts. I y II.



REFORMA AGRARIA Y NACIONALISMO ECONÓMICO EN BRASIL. LA INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917

Marcelo Figueiredo*

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PROPIEDAD PÚBLICA SOBRE LAS TIERRAS BRASILEÑAS

Antes del uso exclusivo de las comunidades indígenas, a partir de la colonización de América del Sur por los europeos, todas las tierras “descubiertas” por éstos, o, mejor, “conquistadas”, en el litoral brasileño, pasaron a ser públicas y pertenecientes a Portugal.

Aunque ésta sea la realidad jurídica, no basta un estudio meramente jurídico para su comprensión ni la simple mención al Tratado de Tordesillas, sino que es necesario también hacer una breve referencia histórica a una cadena de acontecimientos tanto anteriores como posteriores al mencionado Tratado.

Es peculiar la manera en que Portugal ha formado su territorio. Como se sabe, la independencia de Portugal frente a los demás reinos

* Abogado; consultor jurídico, y profesor asociado de Derecho constitucional en la PUC-SP. Fue director de su Facultad de Derecho (2006-2013). Actualmente es presidente de la Asociación Brasileña de Constitucionalistas Demócratas (ABCD); presidente de la Comisión de Estudios Constitucionales de la OAB-SP; miembro de la misma Comisión en el Consejo Federal de la OAB, y vicepresidente de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional (AIDC). Además, ha sido autor de diversas obras jurídicas publicadas en Brasil y en el extranjero (*mfigueiredo.adv@uol.com.br*). Agradezco el apoyo de Konstantin Gerber (Grupo de Investigaciones en Derechos Fundamentales en la PUC-SP) por su colaboración en la investigación y búsqueda del material de apoyo.

ibéricos se consolidó en 1143 y fue ratificada en 1179. Firmada la independencia, el nuevo reino se dedicó a la reconquista de la región sur, todavía ocupada por los musulmanes.

El proceso de formación territorial del reino se extendió por cerca de un siglo y medio. De este modo, en 1297 Portugal ya se encontraba en posesión de su territorio definitivo, mientras que los otros reinos cristianos de la península ibérica siguieron enfrentando problemas de reconquista de tierras hasta 1492.

Esta “ventaja” ha sido uno de los factores que han propiciado a Portugal el reconocido pionerismo en la exploración marítima del mundo, posteriormente seguido de cerca por España.

La estructura agraria portuguesa ha sido construida sobre esas guerras de afirmación de la independencia y de retomada de los territorios cristianos. Las conquistas se incorporaban a los dominios de la Corona, siempre y cuando no fueran cristianos sus legítimos titulares anteriores.

Así, buena parte de dichas tierras fue incorporada al patrimonio real, sin adoptarse la vieja práctica feudal de repartición del botín de guerra a cambio de vasallaje. Las funciones administrativas eran ejercidas por funcionarios de la Corona a través del pago en dinero.

Asimismo, se remuneraban los servicios militares prestados al monarca, de forma diferente a las prácticas de los señores feudales aún vigentes en el resto de Europa. De ello resultó que los bienes inmuebles siguieran un régimen patrimonial independiente de la prestación de servicios al rey, y que éste, a su vez, se convirtiera en el mayor propietario de tierras de la nación.

Las tierras “descubiertas” como Brasil pertenecían, de hecho y de derecho, a la monarquía, señora de las tierras y de los hombres, así como de las rutas y del tráfico marítimo. Del exclusivo dominio sobre los descubrimientos y conquistas deriva, naturalmente, el monopolio del comercio, que conduce al capitalismo monárquico, sistema experimental de explotación económica ultramarina.

Esta propiedad pública de tierras coloniales, inclusive brasileñas, deriva del criterio de que la realeza portuguesa es eminentemente patrimonial, en el que se confunden propiedad y soberanía, función pública y gestión particular del monarca con las tierras descubiertas o conquistadas.

La formación del Estado portugués no ha surgido por aglutinación de diferentes regiones, congregándose dentro de determinadas fronteras naturales.

Portugal nació de la conquista y de la colonización. La génesis de la monarquía portuguesa se configura como una historia de expansión, conquista y poblamiento.

Todo pertenecía al patrimonio de la Corona, y ese patrimonialismo es un principio que se ha entrañado en el ordenamiento jurídico del sistema colonial.

De tal manera, las nuevas tierras y aguas descubiertas eran propiedad de la Corona, y únicamente se podían explotar mediante concesión real, como en los tiempos de la reconquista.

Descubrimientos y conquista, poblamiento y colonización; todo era controlado por el rey, el gran empresario colonial del capitalismo monárquico, en cuyo proceso lo “político” —que era el trono— dirigía lo “económico”, entonces representado por el mercantilismo.

El monarca era el verdadero empresario colonial, el único mandante. Todos los demás eran meros mandatarios del rey. La Corona había intentado, sin éxito, la colonización directa de las regiones insulares mencionadas.

A partir de 1433, la explotación pasó a operarse por un sistema de capitanías. Con el impulso expansionista, Portugal fue seguido por España, lo que dio lugar a una disputa por la posesión de los territorios ultramarinos descubiertos progresivamente.

Las pendencias entre los dos Estados se resolvieron en 1492 con el Tratado de Tordesillas, que fijó la división del mundo entre las dos mayores potencias europeas de la época.

La tierra que forma el territorio brasileño ya “pertenecía” a Portugal y España, antes, incluso, que cualquier “civilizado” que en ella hubiera estado; era lo que determinaba la Capitulación de la Repartición del mar Océano, firmado entre los “dueños del mundo” en la época, con respaldo del “representante divino”, el papa Julio II, por medio de la bula *Pro Bono Pacis*, del 24 de enero de 1504, que la confirmó. Ésta es la razón por la cual los doctos de derecho¹ sostienen que, origi-

¹ Según Alcir Gursen de Miranda, apud Cláudio Grande Júnior, “Motivação histórica da atual perspectiva social do princípio constitucional agrário da privatização das

nalmente, las tierras del territorio brasileño son, jurídicamente, tierras públicas.²

No viene al caso pormenorizar todas las modalidades de concesión de tierras en Brasil en el periodo colonial. Basta recordar que, en primer lugar, se utilizó el sistema de (a) sismarías de las tierras, un tipo de enfiteusis que transfería el dominio útil de la tierra. Las tierras se concedían en carácter perpetuo, mientras que por previsión legal deberían ser tan sólo vitalicias. Este sistema era similar a una donación, con la condición de que fueran cultivadas en el plazo de dos años. Posteriormente, el régimen de las sismarías se comenzó a depurar, pasando a un tipo de concesión que constituía latifundios.³ Se transformaron en derecho dominial privado en los antiguos moldes romanos.⁴

terras públicas brasileiras”, *Interesse Público*, Belo Horizonte, vol. 68, 2011, pp. 169 y ss.

² Es interesante notar las marcadas diferencias en lo que respecta a la vida intelectual en la América española y la portuguesa. Básicamente, al principio de la colonización había cerca de 150,000 estudiantes diplomados en Lima y en Chuquisaca, en toda la América española. Sólo de la Universidad de México se sabe que en el periodo de 1775 hasta la independencia egresaron 7,850 graduados y 473 doctores y licenciados. Es relevante confrontar este número con el de los naturales de Brasil graduados durante el mismo periodo (1775-1821) en Coímbra, que fue diez veces menor, o exactamente 720. También con relación a la prensa escrita, ya en 1535 se imprimían libros en la Ciudad de México, y cuatro años más tarde se instalaba allí el taller del lombardo Giovanni Paoli o Juan Pablos, agente del impresor alemán João Gronberger, de Sevilla. De la Nueva España se lleva, aún a fines del siglo XVI, el arte tipográfico a Lima, y en 1584 se realiza la autorización para establecer el taller de imprenta en la capital peruana. En Brasil fue solamente en 1747 en Río de Janeiro que por orden real apareció el taller de Antônio Isidoro da Fonseca. Las trabas que al desarrollo de la cultura intelectual en Brasil oponía la administración lusitana hacían parte del firme propósito de impedir la circulación de ideas nuevas que pudieran poner en riesgo la estabilidad del dominio portugués. Sérgio Buarque de Holanda, *Raízes do Brasil*, 26a. ed., São Paulo, Companhia das Letras, 2011.

³ La sismaría era en la práctica un latifundio inaccesible al labrador sin recursos; la posesión era, por el contrario, la esperanza de adquirir la pequeña propiedad agraria.

⁴ Las sismarías no se concedían a cualquiera; además, había una preocupación militar y comercial orientada por la tradición aristocrática portuguesa. En efecto, las tierras sólo se concedían a personas de confianza, a los “hombres buenos”, con recursos suficientes para explotar el nuevo territorio y a los honrados que ya habían demostrado su bravura y valor en servicios prestados a la Corona. Es oportuno recordar que la sociedad portuguesa estaba organizada aristocráticamente, asentada sobre las bases de los morgados, de las honras y de los suelos labrados por los brazos de los siervos. Las tierras, por tanto, fueron distribuidas a los nobles, los aristócratas y las grandes emprendedoras, o sea, a los amigos del rey y a los amigos de los amigos del rey. Véase Cláudio Grande Júnior, *op. cit.*, p. 184.

Posteriormente, tuvimos (b) las capitanías, que consistían en donaciones de la Corona portuguesa en la costa brasileña, de gigantescas fajas de tierra —algunas con más de 400,000 km²— dispuestas en el sentido Este-Oeste. Al capitán se le concedía la posesión de la tierra, que sus hijos podrían heredar, de ahí el origen de la expresión “capitanía hereditaria”.⁵

Su beneficiario era un mero administrador de la región, no un señor feudal, pues la mayor parte de las tierras seguían siendo propiedad del Estado; sin embargo, la carta foral que definía los derechos y los deberes del beneficiario establecía entre sus poderes el de donar sismarías a los colonos que se dispusieran a explotarlas en determinado plazo y defenderlas.

Así, el capitán tenía derecho a su sismaría dentro de la capitanía y la facultad de conferir otras sismarías a los cristianos dispuestos a colonizarlas.⁶

⁵ Emília Viotti da Costa señala sobre el periodo lo siguiente: “A mediados del siglo XVI, se redefinió la política de tierras, como reflejo de los crecientes intereses comerciales de la Corona. El punto culminante fue el Regimiento de Tomé de Souza, de 1548, en la ocasión de su designación como primer gobernador general de Brasil. Las instrucciones que él recibió de la Corona declaraban que se podía donar tierra para la construcción de ingenios de azúcar a cualquier persona que pudiese probar contar con recursos para explotarla y construir fortificaciones. Se declaró también que la tierra no podría más donarse indiscriminadamente, a cualquier persona que pudiera utilizarla. Además, se limitó el número de donaciones a un lote por persona. Era evidente en esas prohibiciones la intención de la Corona de evitar la concentración de la tierra en manos de pocos, para impedir el surgimiento en la colonia de un nuevo orden feudal. Las expectativas de la Corona, sin embargo, resultaron frustradas. Los propietarios de ingenio tendieron a acumular tierra no sólo para asegurar el suministro de caña a sus ingenios, sino también porque la propiedad de la tierra les confería prestigio social. A los efectos de aumentar sus propiedades, se valieron de varios medios, adquiriendo donaciones a nombre de miembros de sus familias o de amigos. De esta manera, tuvieron éxito acumulando tierras además de satisfacer sus necesidades inmediatas de producción, puesto que en aquella época el mercado internacional tenía una capacidad limitada de absorber sus productos”. Véase *Da monarquia à república*, 8a. ed., São Paulo, Unesp, 1998, p. 176.

⁶ Se estima en 5.3 millones la población de 1830 y en 7.2 millones la de 1850 en Brasil. En este último año, el número de esclavos era de 2.5 millones, equivalente, por tanto, al 34.5% del total. En 1872, cuando se realiza el primer censo, la población brasileña era de 10,112,000, y los esclavos ascendían a 1,511,000 (14.9%). En 1890, el número de habitantes alcanza 14.2 millones. Entre 1872 y 1890, el aumento de la población es de 4.2 millones de personas, donde 570,000 eran provenientes de la inmigración, o sea, la contribución del elemento extranjero para dicho crecimiento equivalía al 13.5%.

En este periodo es interesante recordar que también en Brasil la Constitución de Cádiz hizo parte del calendario político; sin embargo, fue fugaz, teniendo vigencia en dos oportunidades, pero durante un breve lapso: la primera vez fue en Bahía, de forma provisoria, por acto de una junta de gobierno que el 10 de febrero de 1821 ocupó el poder, y la segunda vez se dio por un decreto de João VI, emitido el 18 de febrero del mismo año, pero inmediatamente fue revocado al día siguiente debido a una gran presión de la tropa portuguesa acuartelada en Río de Janeiro.

A esta ciudad, entonces sede de la monarquía, se trasladó en 1808 —bajo la protección de la armada inglesa— la Corte del príncipe regente, que salía de Portugal tras la invasión de los ejércitos de Napoleón.

La Carta de Cádiz, de inspiración liberal, representó uno de los puntos más influyentes en la instauración y sustentación de la monarquía constitucional de la América portuguesa, y ello a causa de la Constitución Política del Imperio, del 25 de marzo de 1824, otorgada por don Pedro I, quien después de la disolución de la Constituyente de 1823 buscó en la Constitución de Cádiz su inspiración y fuente.⁷

Por fin, el régimen de las sismarías se agotó, hasta que en 1822 don Pedro I suspendió lo que a primera vista parecía una esperanza del colono humilde sobre los latifundistas. Tras un largo tiempo sin reglamentación,⁸ en 1850 se promulgó la Ley 601, conocida como “Ley de Tierras”.

Esta Ley prohibió el apoderamiento de nuevas áreas; creó el instituto de las tierras *devolutas*;⁹ a su vez consagró la compra y venta como medio regular para la adquisición de tierras *devolutas* por los particula-

⁷ Al respecto, véase Paulo Bonavides, “El predominio de Cádiz sobre Filadelfia en el origen del constitucionalismo brasileño”, en José F. Palomino Manchego y José de Jesús Naveja Macías (coords.), *La Constitución de Cádiz de 1812 (a propósito de su bicentenario)*, Lima, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2015.

⁸ Durante un largo periodo de veintiocho años, el país estuvo sin regulación jurídica sobre las tierras, lo que llevó a la posesión indiscriminada de áreas, dependiendo de las condiciones de cada individuo.

⁹ Tierras de dominio público sin destino por el poder público y que en ningún momento han integrado el patrimonio de un particular, aunque irregularmente son ocupadas por éste. El término *devoluta* es relativo al concepto de tierra devuelta o que se ha de devolver al Estado.

res, admitiéndose también otras formas de regularización de las posesiones constituidas anteriormente.

Asimismo, la ley contempló el instituto de la discriminación de tierras *devolutas*. En la práctica, a raíz de problemas administrativos, aunque ya extinto el régimen de sismarías, éste ganó una sobrevida, extendiendo sus efectos al siglo XIX, con consecuencias en el siglo XX.

Con la abolición de la esclavitud en 1888, muchos estancieros que sólo tenían la tenencia de las tierras se quedaron sin acceso al crédito bancario. Ello abrió espacio a los intermediadores de préstamos, los llamados “comisarios”. Así, el gobierno se vio obligado a prestar auxilio a la labranza como forma de compensación a los expropietarios de esclavos por la abolición.

Con la República (1890) se instituyó el Registro Torrens inspirado en la realidad de Australia, facultativo para las propiedades privadas y obligatorio para las tierras *devolutas*.

Como bien señala Cláudio Grande Júnior:¹⁰ “en verdad uno de los motivos del triunfo del federalismo en Brasil ha sido la incontrolable voluntad de entregar las tierras *devolutas* a los Estados-miembros, con el propósito de acomodar diferentes intereses de la elite local”.

Con la transferencia de las tierras *devolutas* a los Estados miembros, éstas quedaron a merced de las oligarquías regionales. Los gobiernos estatales hacían la vista gorda a las invasiones de tierras *devolutas*.

Así, el artículo 121, § 4o., de la Constitución brasileña de 1934 —probablemente por influencia de la Constitución mexicana,¹¹ la de Weimar y la española de 1931— estableció: “Se tratará de fijar al hombre en el campo, atender su educación rural, y asegurar al trabajador nacional la preferencia en la colonización y aprovechamiento de las tierras públicas”.

Se creó la usucapión agraria, permitiéndose la adquisición no sólo de tierras particulares, sino también de pequeñas porciones de tierras públicas:

¹⁰ De quien nos valemos en esta sección.

¹¹ Al intérprete corresponde comparar el artículo 27 de la Constitución mexicana de 1917, así como las posteriores reformas y reglamentaciones, con la experiencia constitucional brasileña en el tema de la reforma agraria.

Art. 125. Todo brasileño que, no siendo propietario rural o urbano, ocupare, durante diez años continuos, sin oposición ni reconocimiento de dominio ajeno, un trozo de tierra hasta de diez hectáreas, tornándolo productivo por su trabajo y teniendo en él su morada, *adquirirá el dominio del suelo, mediante sentencia declaratoria debidamente transcrita.*

Por otro lado, se pasó a exigir “autorización del Senado” para las concesiones de tierras públicas con área superior a 10,000 hectáreas (artículo 130), y se estableció en cuanto a las tierras indígenas una importante excepción al principio de la privatización de las tierras públicas: “Art. 129. Será respetada la tenencia de tierras de silvícolas que en ella se encuentren permanentemente situados, siéndoles prohibido, sin embargo, venderlas”.

Con el advenimiento de la Constitución de 1946, el Decreto-Ley 9.760 definió las tierras *devolutas* federales y detalló con claridad el procedimiento de distinción, que pasó a ser posible no sólo administrativamente, sino también en la esfera judicial.

Posteriormente, la Enmienda Constitucional núm. 10 a la Constitución de 1946 creó la “expropiación a los efectos de reforma agraria”, indemnizable en largo plazo a través de títulos de la deuda pública. Enseguida, se logró la aprobación del Estatuto de la Tierra (Ley 4.504/64).

LA REDEMOCRATIZACIÓN DEL PAÍS, LA CONSTITUCIÓN DE 1988 Y LA REFORMA AGRARIA

Es interesante notar, según una investigación realizada por Brancolina Ferreira y João Gabriel J. C. Teixeira¹² en 1987-1988, año anterior a la instalación de la Asamblea Nacional Constituyente que dio lugar a la Constitución vigente de 1988, los siguientes datos relativos a la reforma agraria:

¿Quiénes fueron los entrevistados? Se entrevistaron 20 senadores y 142 diputados federales; todos constituyentes —aproximadamente el

¹² “Constituinte e reforma agraria: uma pesquisa de opinião”, *Revista de Informação Legislativa*, año 26, núm. 103, julio-septiembre de 1989, pp. 105 y ss.

30% de la Asamblea Nacional Constituyente (ANC)— y todos representando diversas regiones del país y diferentes partidos políticos.

De todos ellos, el 93.2% eran del sexo masculino, y el 6.8% correspondía al sexo femenino. El perfil de la edad: hasta la edad de 44 se situaba el 37% de los entrevistados; ampliado el límite hasta los 54 años, se alcanzaba el 70% de los entrevistados.

La presencia de negros y mulatos en la ANC fue pequeña (3.7%). En cuanto a la religión de los entrevistados, eran católicos (70%), judíos (8.6%), protestantes (7.4%) y agnósticos (6.8%).

Con relación a la escolaridad, la mayoría tenía curso superior completo (84%), donde abogados, médicos e ingenieros formaban el 57% de los entrevistados.

En cuanto al posicionamiento político e ideológico de los entrevistados, el 35.2% se manifestó como de “centro”; el 23.5%, de “centro-izquierda”, y el 25.3%, de “izquierda”.

Con respecto a la apertura democrática en el sentido de participación popular, la mayoría se declaró contra el referendo de la Constitución, más favorable a proyectos de iniciativa popular.

En lo que se refiere a la reforma agraria y otras cuestiones de desarrollo agrícola:

- a) Derecho de propiedad: la mayoría aceptó el principio de la función social como orientador del derecho de propiedad.
- b) Sobre la modificación de la estructura de la propiedad de la tierra: el 93.2% estuvo de acuerdo con que se debería modificar la actual estructura.
- c) Sobre la reforma agraria propiamente dicha: el 94% respondió sobre la necesidad de implementarla. El 18% entendió que ella sería un mecanismo adecuado para una mayor producción de alimentos; el 15.6%, como factor de redistribución de riquezas, y el 15.4%, como factor de disminución de violencia en la sociedad.
- d) Modalidades de la reforma agraria: el 25.6% dijo que ella debería recaer sobre tierras privadas ociosas; el 22%, sobre tierras públicas, y el 21% manifestó que era importante que la reforma fuera realizada en grandes extensiones de tierra explotadas de forma inadecuada.

- e) Instrumentos para modificar la estructura de la propiedad de la tierra: el 36% opinó que la tributación y la expropiación sobre tierras ociosas son más eficaces para modificar la estructura de la propiedad de la tierra en el país; por su parte, el 18% optó por la colonización.
- f) Financiación: según la mayoría de los entrevistados, los recursos necesarios para la implementación de la reforma agraria deberían provenir de un “Fondo Nacional de Reforma Agraria” constituido por dotación presupuestaria en el presupuesto general de la Unión (gobierno federal), que sería fijado en un porcentaje sobre sus ingresos del 74.1%; tributación de la propiedad rural (18.1%), e, incluso, otros que preconizaban el simple confisco de la tierra (2.4%).¹³
- g) Tierras indígenas: componiendo y confundiéndose con la cuestión agraria brasileña, la de las tierras indígenas ha suscitado polémica. De modo general, la misma conlleva dos posicionamientos básicos opuestos: por un lado, los que defienden la autonomía de las naciones indígenas, y por el otro, los que proponen la integración de las mismas en la sociedad brasileña.

Como tela de fondo de la cuestión indígena, dándole soporte y concreción, está el destino que se dará a las tierras ocupadas y/o reivindicadas por las naciones indígenas.

La mayoría de los constituyentes entrevistados (53.1%) era favorable a que la nueva carta garantizara la demarcación de las tierras actualmente ocupadas por las naciones indígenas; en menor número estaban los que, además de las tierras ocupadas, querían extender la garantía a las tierras reivindicadas por las naciones indígenas (28.4%). En situación opuesta, sólo 1.8% se manifestaba contra cualquier forma de reserva.

Finalmente, con respecto a la reforma agraria, un grupo significativo mayoritario se mostraba favorable a la definición de una normativa que permitiera, en las tierras ocupadas por naciones indígenas, actividades extractivas de riquezas no renovables, siempre y cuando fueran realizadas por la Unión (46.9%).

¹³ La Ley Complementaria 93, del 4 de febrero de 1998, instituye el Fondo de Tierras y de Reforma Agraria y el Banco da Terra, y establece otras providencias.

De modo general, todos fueron favorables a que se permitiera, hasta un determinado grado, el acceso de grupos sociales variados a las potenciales riquezas naturales presentes en tierras indígenas. Para algunos, las leyes deberían prohibir en aquellas tierras, actividades extractivas de riquezas no renovables, excepto el bateo, chispa y minería, cuando sean realizados por las propias comunidades indígenas (28.4%).

Con alcance más amplio, otros defendían la licencia para la práctica de actividades extractivas no renovables a empresas privadas y mineros autónomos (cerca del 5% de los entrevistados).

A pesar de estas posiciones, dos tercios de los parlamentarios entrevistados se manifestaron a favor del respeto a la autonomía e independencia de los pueblos indígenas, así como del derecho a mantener y desarrollar sus costumbres, valores y estilos de vida en su propio medio, reservas demarcadas y protegidas por el gobierno.

Una minoría (13.6%) se posicionó a favor de la integración total de los pueblos indígenas en la vida económica, social, política y cultural del país, mientras que otros (3.7%) condicionaron que se mantuviera el respeto al derecho y autonomía de los pueblos indígenas, siempre y cuando no fuera en detrimento del desarrollo económico de la región donde estuvieran situados.

La Constitución brasileña vigente de 1988 contiene varias disposiciones¹⁴ con respecto al tema en cuestión.

¹⁴ “Capítulo III. De la política agrícola y territorial y de la reforma agraria

Art. 184. Es competencia de la Unión expropiar por interés social, para fines de reforma agraria, el inmueble rural que no está cumpliendo su función social, mediante previa y justa indemnización en títulos de deuda agraria, con cláusula de preservación del valor real, rescatables en el plazo de hasta veinte años, a partir del segundo año de su emisión, y cuya utilización será definida en la ley.

§ 1º Las mejoras útiles y necesarias serán indemnizadas en dinero.

§ 2º El decreto que declarase el inmueble como de interés social, para fines de reforma agraria, autoriza a la Unión a proponer la acción de expropiación.

§ 3º Corresponde a una ley complementaria establecer un procedimiento contradictorio especial, de carácter sumario, para el proceso judicial de expropiación.

§ 4º El presupuesto fijará anualmente el volumen total de títulos de deuda agraria, así como el montante de recursos para atender a los programas de reforma agraria en ejercicio.

§ 5º Están exentas de impuestos federales, estatales y municipales las operaciones de transmisión de inmuebles expropiados para fines de reforma agraria.

Art. 185. No son susceptibles de expropiación para fines de reforma agraria:

I. La pequeña y media propiedad rural, así definida en ley, siempre que su propietario no posea otra;

II. La propiedad productiva.

Párrafo único. La ley garantizará tratamiento especial a la propiedad productiva y fijará normas para el cumplimiento de los requisitos relativos a su función social.

Art. 186. La función social se cumple cuando la propiedad rural atiende, simultáneamente, según los criterios y los grados de exigencia establecidos en la ley, a los siguientes requisitos:

I. Aprovechamiento racional y adecuado;

II. Utilización adecuada de los recursos naturales disponibles y preservación del medio ambiente;

III. Observación de las disposiciones que regulan las relaciones de trabajo;

IV. Explotación que favorezca el bienestar de los propietarios y de los trabajadores.

Art. 187. La política agrícola será planificada y ejecutada en la forma de la ley, con la participación efectiva del sector de producción, incluyendo productores y trabajadores legales, así como de los sectores de comercialización, almacenamiento y transportes, teniendo en cuenta especialmente:

I. Los instrumentos crediticios y fiscales;

II. Los precios compatibles con costos de producción y garantía de comercialización;

III. El incentivo a la investigación y a la tecnología;

IV. La existencia técnica y la extensión rural;

V. El seguro agrícola;

VI. El cooperativismo;

VII. La electrificación rural y la irrigación;

VIII. La vivienda para el trabajador rural.

§ 1º La planificación agrícola incluye las actividades agroindustriales, agropecuarias, pesqueras y forestales.

§ 2º Se compatibilizarán las acciones de política agrícola y de reforma agraria.

Art. 188. El destino de las tierras públicas y abandonadas se compatibilizará con la política agrícola y con el plan nacional de reforma agraria.

§ 1º La enajenación o la concesión, por cualquier título, de tierras públicas con una superficie superior a dos mil quinientas hectáreas a persona física o jurídica, aún a través de persona interpuesta, dependerá de la previa aprobación del Congreso Nacional.

§ 2º Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior las enajenaciones y las concesiones de tierras públicas para fines de reforma agraria.

Art. 189. Los beneficiarios de la distribución de inmuebles rurales por la reforma agraria recibirán los títulos de dominio o de concesión de uso, sin posibilidad de negociarlos en el plazo de diez años.

Párrafo único. El título de dominio y la concesión del uso serán al hombre o a la mujer, o a ambos, independientemente del estado civil, en los términos y condiciones previstos en ley.

Art. 190. La ley regulará y limitará la adquisición o el arrendamiento de propiedades rurales por persona física o jurídica extranjera y establecerá los casos que dependerán de autorización del Congreso Nacional.

Art. 191. Aquel que, no siendo propietario de inmueble rural o urbano, posea como suyo, por cinco años no interrumpidos, sin oposición, una superficie de tierra,

Por otro lado, en conexión con las normas agrarias encontramos también los artículos 231 y 225, § 5o., de la Constitución Federal, que abordan lo relacionado a los indígenas y el medio ambiente,¹⁵ respectivamente.

en zona rural, no superior a cincuenta hectáreas, que haya puesto a producir con su trabajo o el de su familia, teniendo en ella su vivienda, adquirirá la propiedad.

Párrafo único. Los inmuebles públicos no se adquirirán por usurpación”.

¹⁵ “Capítulo VIII. De los indios

Art. 231. Se reconoce a los indios su organización social, costumbres, lenguas creencias, tradiciones y los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, correspondiendo a la Unión demarcarlas, protegerlas y hacer que se respeten todos sus bienes.

§ 1º Son tierras tradicionalmente ocupadas por los indios las habitadas por ellos con carácter permanente, las utilizadas para sus actividades productivas, las imprescindibles para la preservación de los recursos ambientales necesarios para su bienestar y las necesarias para su reproducción física y cultural, según sus usos, costumbres y tradiciones.

§ 2º Las tierras tradicionalmente ocupadas por los indios se destinan a su posesión permanente, correspondiéndoles el usufructo exclusivo de las riquezas del suelo, de los ríos y de los lagos existentes en ellas.

§ 3º El aprovechamiento de los recursos hidráulicos, incluido el potencial energético, la búsqueda y extracción de las riquezas minerales en tierras indígenas sólo pueden ser efectuadas con autorización del Congreso Nacional, oídas las comunidades afectadas, quedándoles asegurada la participación en los resultados de la extracción, en la forma de la ley.

§ 4º Las tierras de que trata este artículo son inalienables e indisponibles y los derechos sobre ellas imprescriptibles.

§ 5º Está prohibido el traslado de los grupos indígenas de sus tierras, salvo «*ad referendum*» del Congreso Nacional, en caso de catástrofe o epidemia que ponga en peligro su población, o en interés de la soberanía del país, después de deliberación del Congreso Nacional, garantizándose, en cualquier hipótesis, el retorno inmediato después que cese el peligro.

§ 6º Son nulos y quedan extinguidos, no produciendo efectos jurídicos, los actos que tengan por objeto la ocupación, el dominio y la posesión de las tierras a que se refiere este artículo, o la explotación de las riquezas naturales del suelo, de los ríos y de los lagos en ellas existentes, salvo por caso de relevante interés público de la Unión, según lo dispusiese una ley complementaria, no generando la nulidad y extinción del derecho a la indemnización o acciones contra la Unión, salvo en la forma de la ley, en lo referente a mejoras derivadas de la ocupación de buena fe.

§ 7º No se aplica a las tierras indígenas lo dispuesto en el artículo 174, 3º y 4º.

Art. 232. Los indios, sus comunidades y organizaciones son partes legítimas para actuar en juicio en defensa de sus derechos e intereses interviniendo el ministerio público en todos los actos del proceso”.

“Art. 225. Todos tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial para una sana calidad de vida, imponiéndose al Poder Público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras.

La reforma agraria en Brasil

La reforma agraria debería implicar un cambio en el sistema agrario existente; significa, en esencia, la sustitución de un sistema inadecuado por uno nuevo.

No hay una fórmula universal de lo que se entiende por “reforma agraria”. Cada país debe experimentar su “fórmula ideal” de acuerdo sus condiciones socioeconómicas y políticas, adaptándolas a cada una de sus regiones.

Se pasa necesariamente por la redistribución de tierras, modificando toda una relación de trabajo entre las partes involucradas, combatiéndose el latifundio, sobre todo, improductivo. La reforma agraria tiene como uno de sus elementos, pero no sólo, la colonización.

Históricamente, en las diferentes concepciones de reforma agraria aparecen presentes, por lo menos, dos elementos fundamentales: *a)* el cambio de la estructura de la propiedad agrícola, y *b)* el aumento de la producción y de la productividad.

La Constitución de 1988 establece que el destino de las tierras públicas se debe compatibilizar con la reforma agraria y la política agrícola, imponiendo la utilización de estas tierras para fines de reforma agraria.

El concepto “legal” de reforma agraria en Brasil deriva de la Ley 4.504/64, conocida como Estatuto de la Tierra, que en sus artículos 10., párrafo primero, y 16 dispone lo siguiente:

Art. 1º, §1º. Se considera Reforma Agraria el conjunto de medidas cuyo objetivo *sea promover una mejor distribución de la tierra*, mediante modificaciones en el régimen de su posesión y uso, con el fin de atender a los principios de *justicia social y al aumento de la productividad...*

Art. 16. La Reforma Agraria busca establecer un sistema de relaciones entre el hombre, la propiedad rural y el uso de la tierra, capaz de promover la justicia social, el progreso y el bienestar del trabajador rural y *el desarrollo económico del País, con la gradual extinción del minifundio y del latifundio.*

...

§ 5º Son indisponibles las tierras desocupadas o las adquiridas por los Estados, a través de acciones discriminatorias, necesarias para la protección de los ecosistemas naturales”.

No hay una unanimidad cuando se habla de reforma agraria en Brasil. Están los que piensan, como Celso Bastos,¹⁶ que el problema no se encuentra en la distribución de la tierra, pues en Brasil, como país continental, existen vastas porciones de tierra. Afirma el siempre recordado constitucionalista:

Aún en lo que respecta a la redistribución de tierras, es increíble que el asunto pueda plantearse como una determinante significativa en el proceso de producción. País de dimensiones continentales, es fácil notar que el bien escaso no es la tierra, que tenemos de sobra en nuestro territorio.

Basta considerar la gran cantidad de tierras *devolutas*, es decir, que nunca antes han pasado a manos de particulares. Como no se ve la necesidad de un stock así tan gigantesco de áreas agro-cultivables, las autoridades gubernamentales deberían llevar a cabo, de modo cauteloso y prudente, dentro de los recursos de la nación y sin aprovechamiento político-demagógico, planos de colonización.

En síntesis, lo que debe reprimirse es la ociosidad injustificada de la tierra. La incidencia, en áreas plenamente productivas, de proyectos de reforma agraria, sólo tiene el don de desorganizar la producción, por la desinversión y por el agravamiento de las tensiones sociales.

Sea como sea, la reforma agraria debe incidir, principalmente, sobre tierras privadas (bienes rurales de particulares) situados en el territorio nacional. Sin embargo, es perfectamente posible que las tierras públicas sean utilizadas para atender a los fines de la reforma, porque el desarrollo nacional es uno de sus objetivos, impregnado de justicia social y respeto a la dignidad humana. Si el Estado posee porciones de tierra aptas a la reforma agraria, debe destinarlas a ésta, según se desprende, incluso, del artículo 9o. del Estatuto de la Tierra.¹⁷

Se nota que el concepto de “reforma agraria” ofrecido por la legislación (Estatuto de la Tierra) no ha demarcado de forma precisa su objeto: si incide sobre tierras públicas o privadas. El Estatuto ejemplificó tan sólo con los instrumentos jurídicos aplicables en la ejecución de las

¹⁶ *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, Saraiva, 1990, vol. 7, p. 248.

¹⁷ Esta disposición alude a tierras públicas de propiedad de la Unión y las de propiedad de los estados y los municipios (tierras *devolutas*).

medidas de la reforma agraria, que son esencialmente: *a*) la expropiación; *b*) la regularización; *c*) la venta y *d*) otros.

En la práctica, sabemos que ella se puede dar (incidir) tanto sobre tierras particulares improductivas u ociosas como en tierras públicas.¹⁸

En efecto, como bien observa Nilma de Castro Abe,¹⁹ el entendimiento de que la reforma agraria se limita a las tierras de particulares estaría contrariando el texto constitucional, el cual autoriza, incluso, para tales fines, la enajenación o concesión de tierras públicas con área superior a 2,500 hectáreas sin necesidad de aprobación previa del Congreso Nacional, reforzándose la intención del constituyente de asegurar este destino, reafirmada en el ámbito de la legislación ordinaria en los términos del artículo 13 de la Ley 8.629/93.

La Constitución Federal y la legislación ordinaria vuelven convincente el destino preferencial de las tierras públicas para la implementación de la reforma agraria, evidenciando la necesidad de identificación de los elementos que han coordinado la reforma agraria en tierras públicas y de los mecanismos jurídicos aptos para su implantación.

La reforma agraria en tierras públicas²⁰ ha sido construida por la doctrina a partir de dos puntos centrales: 1) la *expropiación* por incumplimiento del principio de la función social de la propiedad, y 2) la *redistribución* de tierras.

El eje central de la reforma agraria en tierras privadas es la identificación del ejercicio irregular del derecho de propiedad privada y su acumulación ilícita. Corresponde a una actuación del Estado para redistribuir tierras, con el propósito de eliminar la concentración de la propiedad de tierras, hacer viable el bienestar del trabajador rural y desarrollar la economía nacional.

La reforma agraria en tierras públicas involucra específicamente una discusión sobre el destino de glebas públicas, según un orden de prioridad prevista en la ley. Corresponde a una actuación del Estado para la distribución de tierras o su transferencia al particular, con el

¹⁸ Tierras públicas tiene aquí el significado de “inmueble rural de propiedad pública”.

¹⁹ “Reforma agrária em terras públicas”, *RDA*, t. 216, pp. 65 y ss.

²⁰ Existen tierras públicas pasibles de distribución (enajenables) y otras no distribuibles. Por ejemplo, las tierras propias de la Unión pueden ser vendidas o donadas, lo que no se aplica a los terrenos de marina.

objetivo de lograr el bienestar del trabajador rural y el desarrollo de la economía.

En términos de resultados se puede consultar la tabla oficial indicadora del número de familias asentadas en el periodo comprendido entre 1994 (cumulativo) y 2014.²¹

²¹ Fuente: *www.incra.gov.br*.

Asentamientos de trabajadores rurales – Números oficiales

SR/UF	Exercício Anual - famílias																			TOTAL GERAL		
	Ano 1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013		2014	
SR-01/PA	2.226	2.241	10.163	9.682	7.027	4.321	1.911	2.800	2.410	3.846	7.421	14.638	20.072	6.413	15.723	9.453	5.178	3.088	3.271	3.876	3.810	138.605
SR-02/CE	4.721	2.991	3.297	3.027	5.387	3.027	742	1.453	882	1.013	1.159	1.429	947	687	1.202	608	656	366	335	801	583	35.283
SR-03/PE	1.526	741	1.567	1.955	3.155	3.705	1.332	1.250	1.820	955	736	3.724	5.038	875	2.104	1.456	448	102	297	633	748	34.719
SR-04/GO	430	1.026	2.097	2.128	2.303	2.115	1.766	943	657	421	377	2.460	3.036	1.449	3.768	1.247	1.122	275	402	777	1.290	26.739
SR-05/BA	4.455	3.949	1.906	5.419	6.850	6.157	4.006	3.018	1.069	2.884	5.185	5.120	4.689	1.649	1.768	2.444	1.022	1.524	273	2.504	2.155	86.846
SR-06/RG	652	414	1.277	1.949	2.491	2.599	1.522	2.226	968	458	1.169	3.568	3.528	1.220	460	1.114	590	379	510	822	370	26.886
SR-07/RJ	880	341	469	922	49	591	370	340	414	230	161	657	338	217	166	219	365	113	92	313	524	7.801
SR-08/PR	1.130	503	1.086	658	1.452	3.138	625	1.073	655	606	726	2.007	1.018	1.693	1.397	1.559	1.235	401	466	941	656	23.445
SR-09/RR	2.434	1.374	284	2.389	2.951	6.458	2.388	2.100	984	317	2.720	1.937	921	879	660	275	1.105	637	668	738	320	32.559
SR-10/SC	1.307	385	673	596	246	873	258	500	166	322	389	402	280	222	257	155	235	190	79	173	353	8.861
SR-11/RS	1.288	419	1.040	1.205	927	1.967	745	1.826	891	399	529	648	858	616	855	765	619	391	487	342	430	17.277
SR-12/MA	1.460	7.181	7.720	9.172	9.778	10.203	8.261	7.397	8.276	4.666	11.473	16.437	13.080	8.987	7.654	6.290	4.884	2.342	2.677	2.702	3.350	154.200
SR-13/MT	10.859	9.998	7.093	10.214	9.222	8.494	8.226	10.013	6.131	3.130	10.215	10.288	7.671	9.630	5.307	771	617	695	859	3.289	2.847	135.169
SR-14/AC	871	1.259	2.497	2.675	2.780	1.178	1.723	1.211	741	1.314	4.201	4.026	4.595	2.270	1.535	1.259	1.019	1.228	796	414	1.204	38.706
SR-15/AM	1.028	2.989	3.278	2.616	2.500	1.271	1.556	1.519	659	1.404	3.172	5.169	8.031	4.332	7.139	6.556	3.897	1.329	1.600	1.206	1.688	62.939
SR-16/MS	3.947	280	1.625	2.564	2.381	660	2.142	1.976	2.412	1.967	6.031	2.027	4.656	2.399	3.019	1.449	814	90	357	442	46.863	
SR-17/RO	9.405	2.721	2.973	1.342	4.176	3.711	2.609	2.517	2.263	2.150	2.053	1.741	1.007	1.037	1.393	723	649	217	1.003	1.193	802	45.885
SR-18/PA	655	1.202	2.145	1.155	1.026	1.950	1.682	1.614	565	435	1.748	1.375	700	557	559	430	477	620	513	474	378	21.160
SR-19/RN	1.314	1.246	1.558	2.410	2.755	2.429	1.885	2.312	589	1.026	2.481	1.901	1.016	1.226	903	1.031	794	226	403	562	736	28.803
SR-20/ES	427	50	406	175	765	673	185	238	381	272	403	508	376	181	293	285	105	182	78	110	73	6.166
SR-21/AP	115	103	665	1.092	2.434	1.021	619	530	548	483	1.221	1.860	2.068	1.602	1.357	501	708	306	439	921	1.236	19.439
SR-22/AL	582	640	900	1.568	1.113	737	889	359	292	246	828	1.300	306	2.071	1.999	1.977	422	182	279	149	166	17.885
SR-23/SE	928	399	606	454	914	857	1.173	463	688	63	521	1.400	456	158	639	1.404	368	300	214	400	576	12.881
SR-24/PI	1.052	1.200	1.573	1.939	2.554	1.925	1.388	2.257	1.673	1.399	2.268	4.882	6.054	2.114	2.279	1.413	1.208	675	1.028	488	591	42.656
SR-25/RR	1.613	508	3.005	2.509	2.512	1.498	81	1.896	1.145	1.356	2.835	1.432	1.829	1.657	924	1.020	943	619	460	520	512	28.872
SR-26/TO	1.763	1.532	2.071	754	5.829	2.598	2.370	3.322	2.299	1.573	1.786	3.112	2.505	2.242	2.596	2.018	1.367	1.186	1.055	880	1.004	43.882
SR-27/MB	306	-	-	11.375	14.580	9.587	5.421	5.161	2.373	3.868	9.085	8.185	6.866	3.571	3.361	2.941	3.116	1.186	2.071	1.639	1.757	96.459
SR-28/DF	5	-	-	-	-	2.027	1.483	1.009	1.616	807	506	757	1.071	519	2.236	3.141	2.527	1.017	614	824	821	22.431
SR-29/MSF	64	-	-	-	-	-	537	627	748	669	2.125	2.658	2.457	2.200	1.378	704	559	528	301	369	472	15.766
SR-30/MSF	874	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	18.000	33.700	378	231	1.329	3.307	1.346	1.465	1.825	698	63.173
UA-ALT	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1.397
TOTAL	58.317	42.912	62.044	81.944	101.094	85.226	60.821	53.477	43.486	36.301	81.254	127.506	136.359	87.535	70.157	55.498	39.479	22.021	23.075	30.239	32.019	1.326.463

Fonte: DT/IGAB-Montaria - Sistema Web 3/10/2014
SR-27/MB: Superintendência Regional do Sul do Pará - Sede em Marabá/PA
SR-28/DF: Superintendência Regional do Distrito Federal e Entorno - Sede em Brasília/DF
SR-29/MSF: Superintendência Regional do Médio São Francisco - Sede Petrolina/PE
SR-30/MSF: Superintendência Regional do Sertão - Sede Petrolina/PA

Fonte: DT/Gab-Monitoria - Siga Web 31/12/2014
SR-27/MB: Superintendência Regional do Sul do Para - Sede em Miraculópolis
SR-28/DF: Superintendência Regional do Distrito Federal e Entorno - Sede em Brasília/DF
SR-29/MSF: Superintendência Regional do Médio São Francisco - Sede Petrolina/PE
SR-30/MSF: Superintendência Regional do Sertão - PA

Con respecto a los números de arriba, es oportuno decir que algunos especialistas contestan estos resultados.

Así, según el profesor Bernardo Mançano Fernandes del “Núcleo de Estudos, Pesquisas e Projetos de Reforma Agraria (NERA)” de la UNES,²² hubo más regularización de tierras que expropiación para reforma agraria en este periodo.

De estas familias, muchas ya vivían en el campo. Lo que se llevó a cabo fue la regularización de la documentación para que las mismas pudieran establecerse y allí fijarse.

Veamos ahora los tres tipos de expropiación previstos en el ordenamiento jurídico brasileño, en especial la existente a los efectos de reforma agraria.

Hay que destacar, finalmente, que con la redemocratización en Brasil (a partir de 1984) se trajo de vuelta el tema de la reforma agraria, que hasta entonces no había salido del papel.

El 9 de julio de 1970 el Decreto 1.110 creó el Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), resultado de la fusión de IBRA con INDA.

En la época de la creación del INCRA, más que reforma agraria lo que hizo el gobierno militar fue incentivar la colonización de la Amazonia.

Numerosos migrantes de varios estados del Brasil fueron llevados a ocupar los márgenes de la carretera “Transamazónica”, y empresas de diferentes modalidades recibieron incentivos fiscales para grandes proyectos agropecuarios; sin embargo, esa experiencia no tuvo éxito.

Es cierto que por fuerza de la redemocratización, a partir de 1984 en adelante (sobre todo con la Constitución de 1988), se vuelve al tema de la reforma agraria.

El Decreto 97.766, del 10 de octubre de 1985, instituyó el Plan Nacional de Reforma Agraria, con una meta un tanto utópica: destinar 43 millones de hectáreas al asentamiento de 1.4 millones de familias hasta 1989.

A estos efectos se creó el entonces Ministério Extraordinário para o Desenvolvimento e a Reforma Agrária (MIRAD); pero después de

²² Folha de São Paulo del 13 de julio de 2015.

cuatro años los números alcanzados eran modestos frente a la meta fijada: 82,689 familias asentadas en poco menos de 4.5 millones de hectáreas.

Actualmente, la responsabilidad del desarrollo de la reforma agraria está en manos del Ministerio de Agricultura y del Ministerio de la “Política Fundiaria” (Política de la Propiedad de la Tierra). El 14 de enero de 2000 el Decreto 3.338 instituyó el Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA), al cual el INCRA se encuentra vinculado hasta hoy.

Función social de la propiedad, reforma urbana y reforma agraria

La función social de la propiedad se ha convertido paulatinamente en el fundamento del régimen jurídico del instituto de la propiedad, a partir de las influencias derivadas de las Constituciones mexicana, alemana y española también en Brasil.

Inicialmente, es oportuno recordar que, de hecho, se operó un cierto cambio en el sustrato de la propiedad, la cual pasó de una concepción marcadamente civilista a una concepción constitucional y social.

La función social de la propiedad es hoy, en razón de las influencias históricas apuntadas, un término que se orienta en el fundamento y en la justificativa del derecho de propiedad contemporáneo.

Únicamente, la propiedad con función social pasa a ser la propiedad legítima y justa. Así, deben comprender y aplicar conflictos todos aquellos que son llamados a juzgar problemas vinculados al derecho de propiedad.

La Constitución brasileña garantiza el derecho de propiedad, pero sólo lo hace si la propiedad cumple con su función social (artículos 5o., fracciones XXII y XXIII, y 170, fracciones II y III, de la CF), principio que es autoaplicable.

La Constitución contempla tres tipos de expropiación de la propiedad. El primero es la “expropiación común”, es decir, la hecha por utilidad pública o por interés social de conformidad con los artículos 5o., fracción XXIV, y 182, § 3o., de la Constitución Federal. En este caso, la indemnización debe ser previa y en dinero.

El segundo es la “expropiación-sanción de la propiedad urbana”, que pune el no cumplimiento del artículo 182, § 4o., de la Constitución Federal, cuya indemnización consiste en el pago de títulos de la deuda pública con emisión previamente autorizada por el Senado Federal.

Finalmente, tenemos la “expropiación con fines de reforma agraria” prevista en el artículo 184 de la Constitución Federal. La indemnización, según dicho artículo, debe ser previa, justa y en títulos de la deuda agraria, con cláusula de preservación de su valor real, rescatables en el plazo de hasta veinte años.

La expropiación con fines de reforma agraria se “limita a la propiedad rural”. El artículo 184 de la Constitución Federal brasileña deja claro que es de la Unión la competencia para expropiar por interés social con el fin de reforma agraria.

Así, los estados miembros, el Distrito Federal y los municipios pueden expropiar por interés social, siempre y cuando no sea para reforma agraria.

La empresa agraria, la empresa rural y el agronegocio en Brasil

Según las leyes brasileñas, “empresa-rural” es el emprendimiento de una persona física o jurídica, pública o privada, que explore económica y racionalmente un inmueble rural dentro de condiciones de rendimiento económico de la región en que esté ubicado, y que explore un área mínima agrocultivable del inmueble de acuerdo a estándares fijados, pública y previamente, por el Poder Ejecutivo.

A estos efectos se equiparon las áreas cultivadas, los pastos, las selvas naturales y artificiales y las áreas ocupadas con mejoras (artículo 4o. del Estatuto de la Tierra, Ley 4.504/64).

Ya la empresa agraria regida por las leyes comerciales, o por el hoy llamado “derecho empresarial”, tiene como objeto una determinada actividad económica organizada profesionalmente y destinada a la producción y circulación de bienes o servicios de naturaleza rural.

No importa al concepto de empresa agraria las tasas de aprovechamiento o eficiencia de la explotación o del inmueble situado en el medio rural, y tampoco se tiene en cuenta el cumplimiento del principio de la función social de la propiedad en este caso.

Por fin, la legislación brasileña permite, incluso, que una persona individualmente sea clasificada como “empresario rural individual”. Será aquel, según el artículo 971 del Código Civil, cuya actividad constituya su principal profesión, debiendo estar inscrito en el Registro Público de las Empresas Mercantiles de su sede y también en la Junta Comercial.

Hay que resaltar que el agricultor o, en su caso, el empresario rural están sujetos a una serie de leyes ambientales para el ejercicio de su actividad: Ley 6.938/1981, LC 140/2011, Ley 7.735/89, Ley 9.985/2000 y Ley 12.651/2012.

El “agronegocio” es, según Renato Buranello,²³ una actividad que abarca los tres sectores clásicos (agricultura, pecuaria y otras actividades extractivas, industria, comercio y servicios), uniendo actividades agrícolas, industriales y de servicios.

El agronegocio consiste en un articulado de contratos, operaciones financieras y negocios ligados a la producción agrícola.

El agronegocio no se limita, así, específicamente a la plantación y cultivo de las *commodities* agrícolas (caña, soja, maíz, trigo, café, etcétera), aunque esta actividad se encuentre en el centro de la red de agronegocios, sino que también la integran la producción y comercialización de semillas, fertilizantes y demás insumos; distribución; almacenaje; logística; transporte; financiación; verificación de la calidad y otros servicios, así como el aprovechamiento de residuos de valor económico.

Es, en verdad, la interconexión racional de todas esas actividades económicas las que componen el agronegocio, y no cada una de ellas por separado.

NACIONALISMO ECONÓMICO Y CONTROL ESTATAL DE LOS RECURSOS NATURALES

La influencia de la Constitución mexicana de 1917 en Brasil

Sabemos que la Constitución mexicana de 1917, promulgada en Querétaro, se volvió el gran fruto del movimiento revolucionario; también tenemos presente que su artículo 27 declaraba que todas las tierras,

²³ *Manual do direito do agronegocio*, São Paulo, Saraiva, 2013, pp. 15 y ss.

aguas y otras fuentes de recursos naturales pasaban a ser propiedad (dominio directo) del Estado, y sólo podrían ser adquiridas y explotadas por los particulares mediante la concesión del Estado, abriéndose el camino hacia la reforma agraria a las industrias de base, hacia la “nacionalización” de los yacimientos petrolíferos y hacia el “monopolio estatal” de la producción del petróleo, en la difícil lucha de México contra la explotación ejercida por los *trusts* internacionales.

El nuevo posicionamiento de la Constitución mexicana de 1917 marca una nueva era: el fin del viejo liberalismo y, por consiguiente, el surgimiento de una nueva forma de limitación de la libertad del individuo a favor de la sociedad.

Asimismo, creemos que bajo la influencia de la legislación antitrust norteamericana, México afirma “que no habrá monopolios ni exclusivos de cualquier clase”, e incluso dispone que

...la Ley castigará severamente y las autoridades combatirán eficazmente toda la concentración o acumulación de los artículos de consumo necesarios y que tengan como objetivo la elevación de precios; todo acto o procedimiento que evite o tienda a evitar la libre competencia en la producción, industria o comercio o servicio público; todo acuerdo o combinación, bajo cualquier modalidad, de productores, industriales, comerciantes y empresarios de transportes o de otro servicio dirigido a impedir la libre competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados; y en general todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas en perjuicio del público en general o de alguna clase social.²⁴

La palabra de orden de aquella época era la “nacionalización”.

En Brasil, si hiciéramos un paralelo histórico, situando el problema en la misma época, podríamos recordar que la Revolución de 1930 y la Constitución de 1934 emergieron de la crisis económica e institucional como catalizadoras de los anhelos nacionales e internacionales por nuevas formas de organización política, económica y social.

Estos anhelos se orientaban, como en México, hacia un nacionalismo político y cultural, hacia una mayor participación de los trabajado-

²⁴ Felipe Tena Ramírez, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1977, p. 21.

res en el poder y en las formas de bienestar, y hacia una garantía contra las crisis cíclicas de la economía de mercado.

A partir de la década de los treinta, el Estado asumió progresivamente mayores incumbencias en la administración de la sociedad. La creación de los ministerios de Trabajo, Educación y Salud, Comercio e Industria y del Consejo Federal de Comercio Exterior reflejaba las preocupaciones sociales y económicas de la época, y ampliaron la actuación directa e indirecta del Estado en el sector de servicios. Por otro lado, los códigos de Aguas y Energía Eléctrica y de Minas transformaron los conceptos de derecho privado en relaciones de derecho público, siempre que el interés nacional así lo exigiera.²⁵

Pasando el periodo del “Estado Nuevo” (dominado por Getúlio Vargas) y llegando al final de la Segunda Guerra Mundial, junto con la Constitución de 1946, en Brasil tuvo inicio un sistema de planificación central y regional.

Desde el periodo de 1964 hasta mediados de la década de los ochenta tuvimos un régimen militar y dos Constituciones: 1967 y 1969.

En esta fase se nota la ausencia —como en gran parte de Latinoamérica— de control del Poder Legislativo sobre el Ejecutivo y sobre la actuación económica del Ejecutivo, que legisló principalmente después de 1968.

De 1946 en adelante se fue operando un aumento paulatino de la actuación del Estado en la economía, pero no necesariamente como factor positivo. En especial, en el periodo militar existieron muchas empresas estatales que acabaron compitiendo con la iniciativa privada, distorsionando el propio ideario constitucional de la revolución.²⁶

Esta sistemática falta de respeto a la Constitución, principalmente durante el periodo militar, propició la creación de numerosas empresas paraestatales inútiles y deficitarias, que además de cargar el presupuesto público, provocaron el desestímulo de la iniciativa privada y llevaron al gradual aniquilamiento de las actividades particulares congéneres.

²⁵ Véanse las características de la Constitución de 1934 en la primera parte de este trabajo.

²⁶ En los años cincuenta en Brasil, siete de cada diez niños de entre siete y catorce años no iban a la escuela.

Dichas empresas oficiales (de capital público o mixto) únicamente hicieron que aumentara la negociación de empleos y las ventajas que tanto sangraban al erario y desmoralizaban las administraciones públicas a que pertenecían.²⁷

La Constitución de 1988 y el orden económico

El núcleo constitucional del orden económico o, así como sus normas y principios, se encuentran dentro de los artículos 170 al 181 de la Constitución Federal de Brasil.²⁸

²⁷ Hely Lopes Meirelles, “O Estado e suas empresas”, *Revista da OAB-DF*, 1984.

²⁸ “Título VII. Del orden económico y financiero

Capítulo I. De los principios generales de la actividad económica

Art. 170. El orden económico, fundado en la valoración del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene por fin asegurar a todos una existencia digna, de acuerdo con los dictados de la Justicia Social, observando los siguientes principios:

I. Soberanía nacional;

II. Propiedad privada;

III. Función social de la propiedad;

IV. Libre competencia;

V. Defensa del consumidor;

VI. Defensa del medio ambiente, incluso mediante tratamiento diferenciado según el impacto ambiental de los productos y servicios y de sus procesos de elaboración y prestación (Redacción dada por la Enmienda Constitucional n° 42, del 19.12.2003);

VII. Disminución de las desigualdades regionales y sociales;

VIII. Búsqueda del pleno empleo;

IX. Tratamiento favorable a las empresas de pequeño porte constituidas bajo las leyes brasileñas y que tengan su sede y administración en el País (Redacción dada por la Enmienda Constitucional n° 6, de 1995).

Párrafo único. Se asegura a todos el libre ejercicio de cualquier actividad económica, con independencia de autorización de los órganos públicos, salvo en los casos previstos en la ley.

Art. 171. (Derogado por la Enmienda Constitucional n° 6, de 1995).

Art. 172. La Ley disciplinará, basada en el interés nacional, las inversiones de capital extranjero, incentivará las reinversiones y regulará la repatriación de beneficios.

Art. 173. Exceptuados los casos previstos en esta Constitución, la explotación directa de actividades económicas por el Estado sólo será permitida cuando necesaria por imperativos de seguridad nacional o de interés colectivo relevante, conforme a lo definido en la Ley.

§ 1º La Ley establecerá el estatuto jurídico de la empresa pública, de la sociedad de economía mixta y de sus subsidiarias que exploten actividad económica de producción o comercialización de bienes o de prestación de servicios y dispondrá sobre (Redacción dada por la Enmienda Constitucional n° 19, de 1998):

I. Su función social y formas de fiscalización por el Estado y por la sociedad (Adicionado por la Enmienda Constitucional n° 19, de 1998);

II. La sujeción al régimen jurídico propio de las empresas privadas, incluso en lo relativo a los derechos y obligaciones civiles, comerciales, laborales y tributarios (Adicionado por la Enmienda Constitucional n° 19, de 1998);

III. La licitación y contratación de obras, servicios, compras y enajenaciones, observados los principios de la administración pública (Adicionado por la Enmienda Constitucional n° 19, de 1998);

IV. La constitución y el funcionamiento de los consejos de administración y fiscal, con la participación de accionistas minoritarios (Adicionado por la Enmienda Constitucional n° 19, de 1998);

V. Los mandatos, la evaluación de desempeño y la responsabilidad de los administradores (Adicionado por la Enmienda Constitucional n° 19, de 1998).

§ 2º Las empresas públicas y las sociedades de economía mixta no podrán gozar de privilegios fiscales que no sean extensivos a las del sector privado.

§ 3º La Ley regulará las relaciones de la empresa pública con el Estado y la sociedad.

§ 4º La Ley reprimirá el abuso del poder económico que tienda a la dominación de los mercados, la eliminación de la libre competencia y el aumento arbitrario de los beneficios.

§ 5º La ley, sin perjuicio de la responsabilidad individual de los directivos de la persona jurídica, establecerá la responsabilidad de ésta, sujetándola a las sanciones compatibles con su naturaleza, en los actos practicados contra el orden económico y financiero y contra la economía popular.

Art. 174. Como agente normativo y regulador de la actividad económica, el Estado ejercerá, en la forma de la ley, las funciones de fiscalización, incentivo y planificación, siendo ésta determinante para el sector público e indicativo para el sector privado.

§ 1º La Ley establecerá las directrices y bases de la planificación del desarrollo nacional equilibrado, el cual incorporará y compatibilizará los planes nacionales y regionales de desarrollo.

§ 2º La Ley apoyará y estimulará el cooperativismo y otras formas asociativas.

§ 3º El Estado favorecerá la organización de la búsqueda de minerales preciosos en cooperativas, teniendo en cuenta la protección del medio ambiente y la promoción económico-social de los buscadores.

§ 4º Las cooperativas a las que se refiere el párrafo anterior tendrán prioridad en la autorización o concesión para la búsqueda y extracción de los recursos y yacimientos de minerales extraíbles, en las áreas donde estén actuando, y en aquellas fijadas de acuerdo con el art. 21, XXV, en la forma de la ley.

Art. 175. Corresponde al Poder Público, en la forma de la ley, directamente o bajo el régimen de concesión o permiso, siempre por medio de licitación, la prestación de servicios públicos.

Párrafo único. La Ley dispondrá sobre:

I. El régimen de las empresas concesionarias y permisionarias de servicios públicos, el carácter especial de su contrato y de su prórroga, así como las condiciones de caducidad, fiscalización y rescisión de la concesión o permiso;

II. Los derechos de los usuarios;

III. Política tarifaria;

IV. La obligación de mantener servicios adecuados.

Art. 176. Los yacimientos, en extracción o no, y demás recursos minerales y los potenciales de energía hidráulica constituyen propiedad distinta de la del suelo, a efectos de explotación o aprovechamiento y pertenecen a la Unión, garantizándose al concesionario la propiedad del producto de la extracción.

§ 1º La búsqueda de recursos minerales y el aprovechamiento de los potenciales a que se refiere el *caput* de este artículo podrán ser realizados únicamente mediante autorización o concesión de la Unión, en el interés nacional, en la forma de la ley, que establecerá las condiciones específicas cuando estas actividades se desarrollen en fajas de frontera o tierras indígenas (Redacción dada por la Enmienda Constitucional nº 6, de 1995).

§ 2º Queda asegurada la participación del propietario del suelo en los resultados de la extracción, en la forma y valor que disponga la ley.

§ 3º La autorización para búsquedas será siempre por plazo determinado y las autorizaciones y concesiones previstas en este artículo no podrán cederse o transferirse, total o parcialmente, sin previa anuencia del poder concedente.

§ 4º No dependerá de autorización o concesión el aprovechamiento del potencial de energía renovable de capacidad reducida.

Art. 177. Constituyen monopolio de la Unión:

I. La búsqueda y extracción de yacimientos de petróleo y gas natural y otros hidrocarburos fluidos;

II. El refinamiento de petróleo nacional o extranjero;

III. La importación y exportación de los productos y derivados básicos resultantes de las actividades previstas en los incisos anteriores;

IV. El transporte marítimo del petróleo bruto de origen nacional o de los derivados básicos del petróleo producidos en el País, así como el transporte, a través de conductos, de petróleo bruto, sus derivados y gas natural de cualquier origen;

V. La investigación, la extracción, el enriquecimiento, el reprocesamiento, la industrialización y el comercio de metales y minerales nucleares y sus derivados, con excepción de los radioisótopos cuya producción, comercialización y utilización se podrán autorizar bajo el régimen de permiso, conforme a las alineas b y c del inciso XXIII del *caput* del art. 21 de esta Constitución Federal (Redacción dada por la Enmienda Constitucional nº 49, de 2006).

§ 1º La Unión podrá contratar con empresas estatales o privadas la realización de las actividades previstas en los incisos I a IV de este artículo observadas las condiciones establecidas en la ley (Redacción dada por la Enmienda Constitucional nº 9, de 1995).

§ 2º La Ley a que se refiere el § 1º dispondrá sobre (Adicionado por la Enmienda Constitucional nº 9, de 1995):

I. La garantía de suministro de los derivados de petróleo en todo el territorio nacional (Adicionado por la Enmienda Constitucional nº 9, de 1995);

II. Las condiciones de contratación (Adicionado por la Enmienda Constitucional nº 9, de 1995);

III. La estructura y atribuciones del órgano regulador del monopolio de la Unión (Adicionado por la Enmienda Constitucional nº 9, de 1995);

§ 3º La Ley dispondrá sobre el transporte y la utilización de materiales radioactivos en el territorio nacional (Reenumerado del § 2º al § 3º por la Enmienda Constitucional nº 9, de 1995);

En su redacción original (nótese que el texto original sufrió varias enmiendas a lo largo de los años), el capítulo del orden económico buscaba conciliar mensajes ideológicos diferentes: de índole liberal y de carácter socializante.

Se puede afirmar que en este campo —del orden económico—, el constituyente de 1988 ha contemplado dos elementos socioideológicos básicos, siguiendo la línea inaugurada por la Constitución de 1934; en

§ 4º La Ley que instituya sobre contribución de intervención en el dominio económico relativa a las actividades de importación o comercialización de petróleo y sus derivados, gas natural y su derivados y alcohol combustible deberá atender a los siguientes requisitos (Adicionado por la Enmienda Constitucional n° 33, de 2001):

I. La alícuota de la contribución podrá ser (Adicionado por la Enmienda Constitucional n° 33, de 2001):

a) Diferenciada por producto o uso (Adicionado por la Enmienda Constitucional n° 33, de 2001);

b) Reducida y reestablecida por acto del Poder Ejecutivo, no aplicándose lo que dispone el art. 150, III, b (Adicionado por la Enmienda Constitucional n° 33, de 2001);

II. Los recursos recaudados se destinarán (Adicionado por la Enmienda Constitucional n° 33, de 2001):

a) Al pago de subsidios a precios o transporte de alcohol combustible, gas natural y sus derivados y derivados de petróleo (Adicionado por la Enmienda Constitucional n° 33, de 2001);

b) A la financiación de proyectos ambientales relacionados con la industria del petróleo y del gas (Adicionado por la Enmienda Constitucional n° 33, de 2001);

c) A la financiación de programas de infraestructura de transportes (Adicionado por la Enmienda Constitucional n° 33, de 2001).

Art. 178. La Ley dispondrá sobre la ordenación de los transportes aéreo, marítimo y terrestre, y deberá, en lo relativo al transporte internacional, observar los acuerdos firmados por la Unión, respetándose el principio de la reciprocidad (Redacción dada por la Enmienda Constitucional n° 7, de 1995).

Párrafo único. En la ordenación del transporte marítimo, la Ley establecerá las condiciones en que las embarcaciones extranjeras podrán realizar el transporte de mercancías en el cabotaje y la navegación interior (Adicionado por la Enmienda Constitucional n° 7, de 1995).

Art. 179. La Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios darán a las microempresas y a las empresas de pequeño porte, así definidas en la ley, tratamiento jurídico diferenciado, tendiendo a incentivarlas mediante la simplificación de sus obligaciones administrativas, tributarias, de Seguridad Social y crediticias, o la eliminación o reducción de éstas por medio de ley.

Art. 180. La Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios promoverán y fomentarán el turismo como factor de desarrollo social y económico.

Art. 181. Dependerá de autorización del Poder competente la atención de solicitud de documento o información de índole comercial, hecha por autoridad administrativa o judicial extranjera a una persona física o jurídica residente o domiciliada en el País”.

este sentido, buscó atenuar las injusticias surgidas a partir de la opresión social y económica del régimen liberal clásico, lo que se aproxima bastante a un proyecto del Estado social, evidenciando algo que, aun no presentándose de modo explícito, puede ser entendido como un postulado genérico del Estado social, destinado principalmente al legislador en el cumplimiento de su tarea de instrumentos jurídicos de defensa y emancipación, y de proporcionar infraconstitucionalmente condiciones para el desarrollo de un orden socioeconómico más justo.

Por tanto, es correcto decir que Brasil está dotado de un modelo económico de carácter básicamente capitalista (economía de mercado) con preocupación social. Por ello se autoriza al Estado a actuar frente a la actividad económica como agente “fiscalizador”, de “incentivo”, “planificador” y “regulador” de dicha actividad económica.

La actuación del Estado como agente normativo conlleva la misión o, si quisiéramos, el deber de “fiscalizar”, de promover la “vigilancia” del juego de la libre iniciativa y de la valoración del trabajo humano.

Además de admitir la planificación como modo de concretización de los papeles estatales de agente normativo y regulador de la actividad económica, el *caput* del artículo 174 señala que el resultado de la acción planificadora será determinante únicamente en el sector económico público, siendo meramente indicativo en el sector privado.

Otra consecuencia importante consiste en la aclaración de que el ejercicio estatal de la función planificadora no se podrá llevar a cabo con la pretensión de un control absoluto del proceso productivo desempeñado por el sector privado.

Por el contrario, el sentido de “plan indicativo” en el artículo 174 refiere a que el Estado apunta una dirección a seguir a los agentes económicos privados, sin tener respecto a éstos la pretensión de conquistar ningún compromiso u obligación; el plan “incitativo”, a su vez, sería aquel en que el gobierno no sólo indicaría una dirección a seguir, sino que también ofrecería atractivos para lograr efectivamente la colaboración de la iniciativa privada.

En el régimen constitucional brasileño, el sector privado no se somete, por lo general, como lo hace el sector público de la economía, a la planificación.

Cabe perfectamente afirmar que la Constitución de 1988 distingue claramente la intervención (actuación estatal en el campo de la “actividad económica en sentido estricto”) y la actuación estatal (acción del Estado en el campo de la “actividad económica en sentido amplio”).

Con razón, Eros Roberto Grau,²⁹ en su obra clásica, señala lo siguiente:

Es que, por un lado, la Constitución de 1988 aparta, confiriendo a ambos un tratamiento peculiar, *actividad económica y servicio público*.

La prestación de servicio público está volcada en la satisfacción de necesidades, lo que involucra la utilización de bienes y servicios, recursos escasos. Por ello podemos afirmar que el *servicio público* es un tipo de actividad económica.

Servicio público —se dirá— es el tipo de actividad económica cuyo desarrollo compete *preferentemente* al sector público. No *exclusivamente*, nótese, visto que el sector privado presta servicio público en régimen de concesión o licencia.

A partir de ahí podemos también afirmar que el servicio público está respecto al sector público así como la actividad económica está respecto sector privado.³⁰

Este autor, en la misma obra, caracteriza el “monopolio”³¹ como una actividad económica en sentido estricto:

La exclusividad de la prestación de los servicios públicos no es expresión sino de una situación de privilegio. Véase que incluso cuando éstos sean prestados bajo concesión o licencia por más de un concesionario o permisionario lo que conduciría a suponer que se establece un régimen de competencia, aún en ese caso el prestador del servicio lo emprende en clima diferente del que caracteriza la competencia, tal como se practica en el campo de la actividad económica en sentido estricto.

También nos parece importante resaltar que existen, lamentablemente, límites históricos y estructurales, los cuales debemos superar

²⁹ *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 5a. ed., São Paulo, Malheiros, 2000.

³⁰ *Ibidem*, pp. 134 y ss.

³¹ Véase el artículo 177 de la Constitución Federal arriba citado.

para lograr el desarrollo económico deseado en toda nuestra región. En este sentido, precisamos crear centros de dilución de poder económico y político, e introducir mecanismos más efectivos de cooperación en las relaciones sociales, en donde la iniciativa privada tenga más responsabilidad social y sentido cívico para colaborar con el país y sus instituciones, dentro de los diversos sectores que lo conforman, como la educación, la salud, la cultura, etcétera.

Por tanto, debemos incrementar la igualdad de oportunidades, fomentar una mayor inclusión en el mercado, y generar mejores oportunidades económicas y sociales, para poder así alcanzar un desarrollo sostenido de largo plazo, combatiendo las asimetrías de toda índole e integrando nuestro continente al máximo.

El nacionalismo económico en Brasil

Para entender lo que ha sido el nacionalismo económico en Brasil es necesario retroceder en el tiempo y volver al concepto de “Estado Nuevo”.

Veamos la forma en que el historiador Boris Fausto³² relata el periodo en examen:

El día 10 de noviembre de 1937, tropas de la policía militar cercaban el Congreso Nacional e impidieron la entrada de los congresistas. El Ministro de Guerra —general Dutra— se había opuesto a que la operación se realizara por fuerzas del Ejército...

Por la noche, Getúlio Vargas anunció una nueva política y la entrada en vigor de una Carta Constitucional elaborada por Francisco Campos. Era el comienzo de la dictadura del Estado Nuevo de Getúlio Vargas.

El régimen fue implantado al estilo autoritario, sin grandes movilizaciones. El movimiento popular y los comunistas habían sido abatidos y no podrían reaccionar; la clase dominante aceptaba el golpe como algo inevitable y hasta benéfico. El Congreso Nacional disuelto se sometió, a tal punto que ochenta de sus miembros fueron a demostrarle solidaridad el 13 de noviembre, cuando varios de sus colegas estaban presos.

Restaban los integralistas, que habían apoyado el golpe y esperaban ver a Plinio Salgado en el Ministerio de Educación, un escalón importante en la escalada hacia el poder. Vargas cortó sus esperanzas. En mayo de 1938,

³² *Historia concisa do Brasil*, EDUSP, SP, 2011, pp. 201 y ss.

un grupo de integralistas asaltó el palacio residencial del presidente, en su tentativa de deponerlo.

Los asaltantes terminaron siendo cercados y en el choque con la guardia varios de ellos murieron, aparentemente fusilados en los jardines del palacio.

Bajo el aspecto socio-económico el Estado Nuevo representó una alianza de la burocracia civil y militar y de la burguesía industrial, cuyo objetivo común inmediato *era el de promover la industrialización del país sin grandes impactos sociales*.

La burocracia civil defendía el programa de industrialización, por considerar que éste era el camino hacia la verdadera independencia del país; los militares, porque creían que la instalación de una industria de base fortalecería la economía - un componente importante de seguridad nacional, los industriales porque terminaron por convencerse de que el incentivo a la industrialización dependía de una activa intervención del Estado. La aproximación entre la burguesía industrial y el gobierno Vargas sucedió principalmente a partir de 1933, tras la derrota de la revolución paulista.

La alianza de los sectores apuntados no significa identidad de opiniones. Al contrario de los técnicos gubernamentales, los industriales eran menos radicales en el apoyo al intervencionismo del Estado y en el énfasis contra el capital extranjero.

Reivindicaban, principalmente, medidas en el sector de cambio y de las tarifas sobre las importaciones que resultaran en protección a la industria instalada en el país.

El creciente interés del gobierno Vargas en promover la industrialización del país a partir de 1937 tuvo reflejos en el campo educacional. Se preocupaba por organizar no sólo la enseñanza secundaria, sino, sobre todo, la industrial, con el objetivo de preparar mano-de-obra fabril calificada.

Las Fuerzas Armadas, por medio del Consejo de Seguridad Nacional, se ocuparon de varias e importantes misiones en el área económica.

Se instaló la industria del acero, en el sector de petróleo, se creó el Consejo Nacional de Petróleo (1938); se hicieron planes militares para la industria de armas, que serían comprados por la empresa alemana Krupp, barcos de guerra de Gran Bretaña y de Italia, armas de infantería de Checoslovaquia y aviones de Estados Unidos...

La política económico-financiera del Estado Nuevo representó un cambio de orientación respecto a los años 1930-1937. En este primer período no hubo una línea clara de incentivo al sector industrial.

A partir de noviembre de 1937, el Estado embarcó más decidido en una política de sustituir las importaciones por la producción interna y de esta-

blecer una industria de base. Hasta 1942, esta política de sustitución no fue muy bien planificada...

El fomento a la industrialización muchas veces era asociado al nacionalismo, aunque Getúlio evitó movilizar la Nación en una cruzada nacionalista.

Sin embargo, la Carta de 1937, autoritaria y centralizadora, reservaba a los brasileños la explotación de minas y saltos de agua. Determinaba que la Ley regularía su progresiva nacionalización, así como la de las industrias consideradas esenciales para la defensa económica o militar. Disponía también que en el país sólo pudieran funcionar bancos y compañías de seguros cuyos accionistas fueran brasileños. Se otorgaba a las empresas extranjeras un plazo que sería fijado por la ley para su transformación en nacionales.

Por otro lado, Vargas se negó a aceptar un proyecto de decreto estableciendo que, hasta agosto de 1946, los bancos y empresas de seguros deberían estar en manos de nacionales. La propia solución estatal para el caso del acero no resultaría de choques, sino de un acuerdo con el gobierno americano.³³

También Boris Fausto demuestra en su obra que la Planta de Volta Redonda de Río de Janeiro se convirtió al final en una opción estatal por la falta de convenio económico con los norteamericanos y no por cualquier especie de nacionalismo.

Ya en lo que se refiere a la industria del petróleo, la historia ha sido un poco diferente. Debido a las políticas adoptadas por el Consejo Nacional de Petróleo (CNP), fue posible bloquear las iniciativas en aquella época, de las grandes empresas extranjeras, sobre todo a causa de su presidente, el general Horta Barbosa.³⁴

La tesis según la cual Getúlio Vargas en sus dos periodos, especialmente en el segundo, fue un nacionalista es polémica y divide opiniones.

Los autores que estudiaron el segundo gobierno de Vargas se dividen en dos grupos. El primero enfatiza que el gobierno albergaba un proyecto —“el nacional desarrollo”—, y el segundo, no obstante a partir de enfoques diferentes, lo niega.

³³ *Ibidem*, p. 203.

³⁴ Por la fuerza de las circunstancias históricas, Getúlio Vargas, después del “exilio político” del primer mandato, vuelve al poder por el voto popular, tomando posesión del cargo el 31 de enero de 1951. Tras una serie de problemas políticos, Vargas se suicida el 24 de agosto de 1954.

Los exámenes del primer grupo, que anteceden a los del segundo, sostienen que el proyecto de Vargas consistía en implantar un “desarrollo nacional autónomo” para el país, expreso en la industrialización y bajo el liderazgo de la burguesía industrial, en alianza con los trabajadores y sectores de la clase media urbana (como la burocracia estatal).

Defienden esta tesis algunos intelectuales ligados a la CEPAL, como Celso Furtado, y al ISEB, como Hélio Jaguaribe, Nelson Werneck Sodré, Ignácio Rangel y Cândido Mendes. Subyacente a esta tesis se encuentra la polaridad entre capitalismo nacional y capitalismo asociado, este último defendido por los opositores de Vargas, como el capital extranjero y la UDN, aliados a los sectores agrarios, principalmente los exportadores, que se oponían a la industrialización.

Pedro Cesar Dutra Fonseca³⁵ señala sobre el nacionalismo económico en Brasil lo siguiente:

Si el proyecto “nacional-desarrollista” existió, cabe indagar ¿por qué llamarlo nacional si Vargas proponía romper con el capital extranjero, en el sentido de que su proyecto buscaba un desarrollo nacional “autónomo”, como sectores de la época defendían? ¿En qué sentido el proyecto era de hecho nacional, y en qué medida se puede hablar de nacionalismo?

Como se sabe, no sólo en la literatura hay discrepancias sobre estas cuestiones; en la época, los propios contemporáneos tenían percepciones opuestas al respecto. Los sectores exaltados de la UDN (Unión Democrática Nacional) siempre denunciaron a Vargas como xenófobo, mientras que el PCB (Partido Comunista Brasileño) lo consideraba aliado del imperialismo. Para este último, el discurso con rasgos nacionalistas no pasaba de mera farsa, de un engaño a los trabajadores.

Así como la ortodoxia, el nacionalismo no puede verse como un ideal, por el cual correspondería al analista probar hasta qué punto el Gobierno de él se aproxima o se aleja. Es preciso, una vez más, tratar de entenderlo históricamente.

Las tesis polares poco ayudan: ni Vargas deflagró una guerra anti-imperialista, ni sus disputas con la UDN y con los liberales eran inmotivadas. Su nacionalismo debe entenderse siempre en confrontación con sus principales

³⁵ *Nacionalismo e economia: o segundo governo Vargas*, Rio Grande do Sul, UFRGS, pp. 17 y ss.

fuerzas de oposición (la UDN, la burguesía compradora), o sea, teniendo en cuenta la correlación de fuerzas políticas que lo explican, particularizan y le dan su razón de ser. Esta postura metodológica parece más apropiada, al tener presente que ni la tesis del “alineamiento automático” ni la del “entre-guismo” parecen resistir a un examen más cuidadoso.

Como en la mayoría de los países en que adquirió dimensión, también en Brasil el nacionalismo fue una importante ideología de cohesión nacional. Aunque nunca excluyó el desarrollo asociado al capital extranjero.

EL CONSTITUCIONALISMO RECIENTE LATINOAMERICANO Y LA TENTATIVA DE ENFRENTAR ALGUNOS DE LOS PROBLEMAS FUNDAMENTALES DE NUESTRA REGIÓN

Creo sinceramente que nuestro constitucionalismo reciente, con las distintas reformas y cambios constitucionales y con los movimientos sociales y populares, procura enfrentar algunos de los problemas fundamentales de nuestras sociedades, como la precariedad del Estado de derecho; la profunda diversidad y heterogeneidad social y étnica; la debilidad del Poder Judicial; la persistencia de formas de discriminación y desigualdad social, étnica y de género muy agudizadas; la violación de los derechos humanos, entre otros aspectos.

Sin embargo, esos esfuerzos no han sido siempre consistentes, y el llamado “nuevo constitucionalismo latinoamericano” presenta tensiones importantes. Comparto la visión de Rodrigo Uprimny,³⁶ para quien por la adopción simultánea de figuras y prácticas constitucionales que en abstracto y de manera separada parecen ser atractivas, pero que combinadas pueden reforzar tendencias autoritarias en la región.

Por ejemplo, el establecimiento de formas de democracia directa, como referendos o plebiscitos (para superar los déficits de la democracia puramente representativa), es importante; no obstante, si dichas modificaciones se acompañan de un reforzamiento del poder presidencial (con el argumento de que es necesario fortalecer una voluntad unificada de cambio capaz para superar desigualdades y exclusiones),

³⁶ “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, p. 17 (texto suministrado por su autor).

la combinación puede ser explosiva y negativa, pues estimula formas de cesarismo democrático. Por ello, considero que una tarea pendiente del constitucionalismo latinoamericano es superar su tendencia al caudillismo y al hiperpresidencialismo, si es que se quiere transitar por mecanismos genuinos de democracia participativa.

En Brasil, con las manifestaciones populares fuertes y espontáneas vivimos un momento muy peculiar, donde el pueblo envía un mensaje claro a toda la clase y los partidos políticos: desea reformas profundas en el sistema político y electoral, así como en los servicios públicos.

El pueblo no siente confianza en el sistema político y representativo ni tampoco en los políticos, lo que es muy peligroso por cierto, pero el mensaje es claro: sin cambios profundos, los descontentamientos y las desilusiones populares no cesarán.

En este contexto, soy ampliamente favorable a que repensemos nuevas formas de participación política en nuestra región, más allá de los tradicionales mecanismos de la iniciativa popular democrática: plebiscito y referendo. Naturalmente, considero dichos instrumentos como importantes si son utilizados con prudencia y con plena transparencia, y contienen una amplia información para el pueblo, bajo la pena de que se conviertan, como advierte Uprimny, en “cesarismos democráticos”.

Creo que nuestras Constituciones latinoamericanas deberían impulsar más y mejor la participación popular; fomentar con participación de la justicia electoral para no caer nuevamente en populismos del gobernante de plantón o manipulaciones de los partidos políticos y de sus caciques.

Pienso que tiene razón Roberto Gargarella,³⁷ cuando afirma:

No deberíamos entonces, y en consecuencia, modificar o reajustar nuestras instituciones, para tornarlas, por caso, más permeables al debate público; para estrechar los lazos entre representantes y representados; para reducir el impacto del control judicial sobre las políticas mayoritarias; para repensar el rol del Senado; para revisar la función del veto Ejecutivo; para reajustar los equilibrios entre las distintas ramas del poder?

³⁷ “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes”, p. 5, disponible en: www.palermo.edu/.

Lo cierto es que, salvo excepciones, las nuevas Constituciones latinoamericanas no parecieron registrar la necesidad de modificar sus instituciones a la luz de los cambios habidos en la filosofía pública. Ello puede deberse a una multiplicidad de razones, incluyendo la inexistencia de tales cambios (una afirmación empírica que parece refutable); o la conformidad con, o la indiferencia frente, al núcleo de las viejas instituciones, y los problemas que pudieran plantear.

No deseo entrar (por falta de tiempo para desarrollar el tema) en el llamado “nuevo constitucionalismo” o “constitucionalismo pluralista”, incluso porque no estoy seguro que estemos delante de algo verdaderamente “nuevo”. Tan sólo hago constar que algunos colegas, como Rubens Dalmau y Raquel Yrigoyen,³⁸ entre otros, apuntan este constitucionalismo pluralista, que empezó a ser desarrollado en tres ciclos, a saber: *a*) constitucionalismo multicultural, con la introducción de diversidad cultural y el reconocimiento de derechos indígenas específicos; *b*) constitucionalismo pluricultural, con la adopción de “nación multiétnica” y el desarrollo del pluralismo jurídico interno, siendo incorporados varios derechos indígenas al catálogo de derechos fundamentales, y *c*) constitucionalismo plurinacional, en el contexto de la aprobación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas —en este ciclo hay demanda por la creación de un Estado plurinacional y un pluralismo jurídico igualitario—.



³⁸ Rubén Martínez Dalmau, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el proyecto de Constitución del Ecuador”, *Alter Justicia*, Guayaquil, núm. 1, octubre de 2008, y Raquel Yrigoyen Fajardo, “Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos”, *El Otro Derecho*, Bogotá, núm. 30, junio de 2004.

THE INFLUENCE OF THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES ON THE MEXICAN CONSTITUTION OF 1917

Toni Jaeger-Fine*

INTRODUCTION

It is an enormous honor to have been invited to participate in this collective work of foreign influences on the Political Constitution of the United Mexican States of 1917. This essay offers not only the opportunity to examine the areas of influence of the U.S. Constitution on that of its southern neighbor, but also to delve more deeply into the rich history and remarkable characteristics of the Mexican Constitution.

At first blush, the Constitution of the United States of America and the Constitution of the United Mexican States are wildly different. The U.S. Constitution has a mere 7 articles and 27 amendments; that of Mexico contains 136 articles divided into nine titles, plus 16 original transitory provisions, and it has been amended 227 times.¹

* Assistant Dean, Fordham Law School, New York City. The author can be reached at tfine@law.fordham.edu. Special thanks to Enrique Mata Vadillo and Javier Uthoff-Rojas, both Mexican attorneys and candidates for the LL.M. degree at Fordham Law School, for their extraordinary research, translation assistance, and guidance.

¹ See http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_crono.htm. The actual number of changes is greater than this, as individual amendment occurrences often make amendments to numerous constitutional provisions. It has been said that “[t]he actual number of constitutional amendments varies depending on the criteria used to calculate them.”

One English translation of the Mexican Constitution contains more than 60,000 words while the U.S. Constitution consists of a meager 7,500 words. The Mexican Constitution contains myriad political, social, and economic guarantees such as the right to free basic education,² gender equality,³ family formation,⁴ adequate housing,⁵ rehabilitation and social adjustment following incarceration as a goal of the penal system,⁶ criminal victim rights,⁷ agricultural and environmental rights, land reform and control of foreign investment,⁸ freedom of competition,⁹ extensive labor rights,¹⁰ and regulation of ministries of religion¹¹ that are wholly absent from its U.S. counterpart. The Mexican constitution acknowledges the defining role of political parties while political parties are nowhere mentioned in the U.S. document. And the Mexican Constitution contains a provision for the suspension of individual liberties in circumscribed situations¹² as well as a catalogue of duties of citizenship,¹³ to which no U.S. counterparts exist.

Even in areas where there is meaningful overlap between the Mexican and U.S. approaches, there are significant differences in the details. Both are systems based on principles of federalism, republicanism, and a national government based on separation of powers and checks and balances, but the specific contours and implementation of these doctrines differ in important respects. Historically, for instance, the Mexican presidency and the federal government at-large have been significantly more powerful vis-à-vis the states than is true in the United States. While both the Mexican and U.S. Constitutions attempt to

Stephen Zamora, José Ramón Cossío, Leonel Pereznieta, José Roldán-Xopa, and David Lopez, *Mexican Law 132* (Oxford University Press, 2005) (hereinafter Zamora et al.). See also Part III.C., *infra*.

² Political Constitution of the United Mexican States, Article 3.

³ *Id.*, Article 4.

⁴ *Id.*

⁵ *Id.*

⁶ *Id.*, Article 18.

⁷ *Id.*, Article 20.

⁸ *Id.*, Article 27.

⁹ *Id.*, Article 28.

¹⁰ *Id.*, Article 123.

¹¹ *Id.*, Article 130.

¹² *Id.*, Article 29.

¹³ *Id.*, Article 31

neutralize the influence of religion in public life, the Mexican Constitution of 1917 goes much further in those efforts than does the U.S. Constitution.

The fact that the Mexican Constitution subsists in a system based on the civil law system while the U.S. Constitution operates under a common law tradition means that there is divergence in the starting point for analysis and comparison between the two systems. That the Mexican system lies within the civil law tradition may in itself explain the detail in and length of the Mexican Constitution.¹⁴ And the character and goals of the respective documents differ as a result of their distinctive underlying legal traditions. The Mexican Constitution, it has been said, is more aspirational than normative, and “has been consistently characterized by Mexican constitutional scholars as a project to be accomplished, a statement of revolutionary ideals that is nominal in that there is no intended immediate congruency between its stated aspirations and reality.”¹⁵ The difference in the underlying systems also leads to significant variations in the practical application of constitutional provisions, even when those provisions share textual commonalities.¹⁶ These dissimilar-

¹⁴ Zamora et al., *supra* note 1 at 78.

¹⁵ James F. Smith, *Confronting Differences in the United States and Mexican Legal Systems in the Era of NAFTA*, 1 U.S. -Mex. L.J. 85, 94 (1993), citing Jorge Carpizo, *La Constitución Mexicana de 1917* 125 (1986). See also Zamora et al. at 78-79 (“the Constitution is very much a planning document, a place for the Mexican people to signal their political priorities and to provide the means to realize objectives”).

¹⁶ As one scholar has written, “[i]n some respects, the example of the United States had only limited utility. The United States Constitution was an extension of the common law tradition; constitutional provisions presupposed the existence and operation of common law rules and practice.” Robert S. Barker, *Constitutionalism in the Americas: A Bicentennial Perspective*, 49 U. Pitt. L. Rev. 891, 902 (1988). It has been said that there are four interrelated and particularly relevant characteristics of the civil law system that distinguish it from the common law system: First, “a depreciation of judges and a resistance to, even a hostility toward, judge-made law.” Second, the notion that law emanates from the legislature. Third, “a strict adherence to the separation of powers in government, conceived of differently from the so-called separation of powers in the United States.” And finally, “a deeply held distinction between private and public law, a distinction that has been generally unimportant in common law countries.” Charles A. Hale, *The Civil Law Tradition and Constitutionalism in Twentieth-Century Mexico: The Legacy of Emilio Rabasa*, 18 Law & Hist. Rev. 257, 261-62 (2000).

ities are perhaps most apparent with regard to the role of the judiciary in each system.¹⁷

Nevertheless, there is no doubt that the U.S. Constitution had an important influence on the drafters of the Mexican Constitution of 1917 and its predecessor documents. And it is evident that both were the product of their unique respective times, histories, and cultures. (The principal features of the United States Constitution, for its part, were informed most dramatically both by its Anglo-American legal origins and, somewhat paradoxically, by the failures the colonists experienced under British rule.) Both Constitutions were groundbreaking – even radical – and rather progressive at the time of their ratification. Both have proven to be durable. And both have been looked to as models by other constitutional democracies.

Part II of this article makes some general observations about and evidence of the influence of the Constitution of the United States on Mexican constitutionalism. Part III discusses specific areas of influence that the U.S. Constitution had on the Mexican experience – federalism and state and popular sovereignty; separation of powers and checks and balances; and individual rights and liberties. Part IV ends with some modest conclusions.

II. GENERAL OBSERVATIONS ON THE INFLUENCE OF THE U.S. CONSTITUTION IN MEXICO

*Historical References*¹⁸

The Constitution of the United States, the world's first and longest-standing written Constitution,¹⁹ has had a great impact on cons-

¹⁷ See, e.g., Michael C. Taylor, *Why Do Rule of Law in Mexico? Explaining the Weakness of Mexico's Judicial Branch*, 27 N.M. L. Rev. 141, 143-44 (1997).

¹⁸ Additional historical references, where available, are noted in Part III, *infra*.

¹⁹ Albert P. Blaustein, *Constitution is Most Important U.S. Export*, IIP Digital US/Department of State, <http://iipdigital.usembassy.gov/st/english/article/2004/04/20040402110801maduobba0.7845575.html#axzz436aexaGy> (March 2004). See also G. Alan Tarr, *United States of America, in Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries* 382 (ed. John Kincaid and G. Alan Tarr) ("The United States of America is the world's oldest, continuing, modern federal democracy").

tutions around the world, and has been described as our nation's "most important export."²⁰ The "great" influence of the U.S. Constitution in Latin America has been widely recognized,²¹ and this influence plainly reached Mexico.²² Although exaggerated, it has been asserted flatly that "[t]he Mexican Constitution ... [was] modeled after the U.S. Constitution"²³ and observed that in the Nineteenth Century, few regions of the world "made greater use of North American constitutionalism"²⁴ than Latin America. Jose Maria Morelos himself, one of the leaders of the Mexican independence movement, is said to have "openly acknowledged" that the U.S. Constitution was "a major source of inspiration" to the drafters of the *Constitución de Apatzingán* of 1814.²⁵

The influence that the U.S. Constitution has had on Mexico is seen not only in the Constitution of 1917 but also in its predecessor documents, including the 1814 Constitution (despite never being put into effect), the 1824 Constitution (which is seen as having inspired large-scale structural concepts that remain in place today), and of course the Constitution of 1857, which is widely seen as the model for the current document.²⁶

²⁰ "The U.S. Constitution is America's most important export." Blaustein, *supra* note 19.

²¹ Robert S. Barker, *supra* note 16 at 892.

²² "Mexico adopted in form much of the United States Constitution." Hale, *supra* note 16 at 258. Also influencing Mexican constitutionalism from the U.S. were colonial charters, religious covenants, and secular political compacts. See George Athan Billias, *American Constitutionalism Heard Round the World, 1776-1989: A Global Perspective* 9 (2009).

²³ Alexis James Gilman, *Making Amends with the Mexican Constitution: Reassessing the 1995 Judicial Reforms and Considering Prospects for Further Reform*, 35 Geo. Wash. Int'l. L. Rev. 947, 949 (2003).

²⁴ Billias, *supra* note 22 at 105. See also M.C. Mirow, Marbury in Mexico: Judicial Review's Precocious Southern Migration, 35 Hastings Const. L. Q. 41, 42 (2007) ("The United States Constitution has played an extremely important role in the establishment and development of constitutional orders in Latin America").

²⁵ Barker, *supra* note 16 at 899, citing W. Robertson, *Rise of the Spanish-American Republics* 153 (1918).

²⁶ See Javier M. Aguirre, *Constitutional Shift Toward Democracy: Mexico City's Amendment to Grant Elections Gives Rise to a New Constitutional Order*, 21 Loy. L.A. Int'l & Comp. L.J. 131, 136 (1999) ("The delegates of the Mexican Constitutional Congress of 1916-1917 relied upon two prior Mexican Constitutions and the U.S. Constitution

1814 Constitution: Even though the 1814 Constitution was never put into effect, it was said to have been influenced by the Constitution of its northern neighbor:

There were slight traces of North American constitutional influence in the Constitution of Apatzingan of 1814 written in Chilpancingo by the first political assembly convened in the country.... [A]mong the names listed as contributing ideas were Jefferson and Paine. The inspiration derived from two other North American sources—the U.S. Constitution and the Massachusetts Constitution of 1780—also was acknowledged.²⁷

1824 Constitution: Aspects of the 1824 Constitution bore a striking resemblance to the U.S. model. In particular, the 1824 document

established a federal republic with a national government consisting of three branches, with a bicameral National Congress (Congress) composed of a Senate, in which each state was equally represented, and a House, in which representation was based on population. The President was chosen by an electoral college and, as was the case in the United States prior to the adoption of the twelfth amendment, the candidate with the second largest number of electoral votes became Vice President.²⁸

As explained in detail:

The influence of the U.S. Constitution became much greater once Mexico achieved independence and wrote its 1824 charter. Stephen Austin, a citizen of Texas, then part of Mexico, submitted several plans for a charter. In writing his proposal in 1823, Austin frankly admitted, “I condensed the principles of the Constitution of the United States” and pointed out that a comparison of his plan with the Acta constitutiva of 1824 “shows a striking similarity.” His biographer agrees.

as models”).

²⁷ Billias, *supra* note 22 at 129. It has even been said that even earlier, the 1810 *Grito de Dolores* was adapted from the Declaration of Independence. *Id.* at 121, citing D. A. Brading, the *First America: The Spanish Monarchy, Creole Patriots, and the Liberal State, 1492-1867* 5 (1991).

²⁸ Barker, *supra* note 16 at 905.

More evidence that Mexicans borrowed from the U.S. Constitution in 1824 came from other contemporaries. In the constitutional congress, an enthusiastic young delegate from Yucatan (who exaggerated) declared: “What we are offering for the deliberation of the congress [in the draft constitution] is taken from ... [the U.S. document] with a few reforms to fit the circumstances of our people.” José Luis Mora ... did not believe that the North American experience provided a proper model for Mexico. But even he was forced to concede that the 1824 constitution was “very similar” to the 1787 North American document. Henry Ward, the English chargé d’affaires, likewise concluded that Mexico had modeled some of its institutions after those of the United States.

The best evidence of borrowing, however, comes from comparing the two constitutions, which reveals numerous parallelisms. Mexico established a federal form of government, a president elected for a fixed term, a bicameral legislature, and a judicial branch with a supreme court and justices appointed for life. As in the United States, lower house members were chosen for two-year terms according to population. The upper house was elected by the state legislatures, as was the case in North America at the time. Within the executive branch, the borrowing was even more obvious: the president and vice president had to be native-born citizens and thirty-five or more years of age and were elected to four-year terms. Bills vetoed by the president could be overridden only if passed by two-thirds of both houses. Certain powers specifically granted to the congress, such as the power to regulate commerce, also were quite similar to those granted to the Congress of the United States.²⁹

The influence of the U.S. Constitution on the *constituyentes* in 1823 is hardly surprising given that, at the time, there were only a few available written constitutional models³⁰ – the French Declaration of Hu-

²⁹ Billias, supra note 22 at 130.

³⁰ The importance of the U.S. Constitution as an early *written* document cannot be overstated – not only for our nation but also for those who were in the constitution-making business in the decades following its ratification. The written constitution “created a sense not only of permanence but also openness, transparency, and contractual agreement. This primacy of a written document represented a decisive departure from the British practice. It is a truism of modern constitutional history that the American founders were responsible for reviving the modern practice of incorporating a regime’s governing principles and practices in a written document.” Billias, supra note 22 at 9, citing Donald S. Lutz, *The Origins of American Constitutionalism* (1988).

man Rights of 1789 and the revolutionary constitution of 1791; the United States Constitution of 1787; and the episodic Cadiz Constitution of 1812.³¹

Others noted that “all those who have read the Constitution of the United States will know very well that everything that we offer to the deliberation of the Congress is taken from that same Constitution with one or another reform, according to the circumstances of our peoples.”³² And this: “Possibly the chief gain for the democrats lay in the fact that the Constitution recognized so freely that of the United States as an ideal to be striven for.”³³ It was also observed that “[t]here is no question that the Mexicans greatly admired the United States and that they hoped to emulate our success - political stability and economic prosperity - success which they attributed, in part, to our institutions and the Constitution.”³⁴ In particular, “[t]he 1824 Constitution adopted the form of government present in the United States: republican, democratic, federal, presidential, and bicameral.”³⁵ It appears thus that “[i]n framing their constitution of 1824 ... Mex-

³¹ Jose Gamas Torruco, *The Separation of Powers in Mexico*, 47 Duq. L. Rev. 761, 777 (2009). See also Barker, *supra* note 16 at 905 (“Mexico, in 1824, adopted a republican constitution patterned after that of the United States”).

³² Robert J. Knowlton, *The Early Influence of the United States Constitution in the Western Hemisphere: The Cases of the Mexican Constitution of 1824 and Bolivar’s Ideas* 4, Discussion Paper No. 78, University of Wisconsin – Stevens Point, available at <https://www4.uwm.edu/clacs/resources/pubs/pdf/knowlton78.pdf>, quoting Manuel Crescencio Rejon, *Psnsamiento politico* (1968). “In framing their constitution of 1824... Mexico had been influenced by the U.S. Constitution.” Billias, *supra* note 22 at 105, quoting Robert Kolesar, *North American Constitutionalism and Spanish America: A Special Lock Ordered by Catalogue, Which Arrived with the Wrong Instructions and No Keys*, in *American Constitutionalism Abroad: Selected Essays in Comparative Constitutional History* 41-43 (ed. George Athan Billias 1990) and Andrzej Rapaczynski, *Bibliographic Essay: The Influence of U.S. Constitutionalism Abroad*, in *Constitutionalism and Rights: The Influence of the United States Constitution Abroad* 411-12 (ed. Louis Henkin and Albert J. Rosenthal 1990).

³³ Knowlton, *supra* note 32, quoting Wilfrid H. Callcott, *Church and State in Mexico, 1822-1857* (1926).

³⁴ *Id.*

³⁵ Torruco, *supra* note 31 at 777. See also Zamora et al., *supra* note 1 at 20 (“Like the United States of America, the *Estados Unidos Mexicanos* was made up of separate states The federal government of the Mexican government followed the U.S. model, with a bicameral legislature and separation of powers between the legislative, executive, and judicial branches”).

ico had been influenced by the U.S. Constitution.”³⁶ It also has been said that “Ramos Arizpe presented the body [the constituent congress] with a working paper modeled very closely after the Constitution of the United States.”³⁷

1857 Constitution: The 1857 Constitution in many aspects was influenced by the 1824 document ³⁸ and by the U.S. Constitution, including historical references to Thomas Jefferson (specifically with regard to the Senate and the judicial power) and Alexis de Tocqueville’s *Democracy in America* regarding the political structure of the constitutional model.³⁹

*Reasons for Influence of U.S. Constitution on Mexican
Constitutional Development*

Similar Ideals

It has been argued (although controversially⁴⁰) that Mexico and the U.S. shared common repressive colonial histories and that similar revolutionary impulses and ideals underlay their constitutional development. “Like the new nations of Latin America, [the United States] had endured a long period of colonial rule under a European monarchy and had fought a successful war against its mother country in the name of

³⁶ Billias, *supra* note 22 at 105, quoting Kolesar, *supra* note 32 at 41-43 and Andrzej Rapaczynski, Bibliographic Essay: The Influence of U.S. Constitutionalism Abroad, in *Constitutionalism and Rights: The Influence of the United States Constitution Abroad* 411-12 (ed. Louis Henkin and Albert J. Rosenthal 1990).

³⁷ Knowlton, *supra* note 32, citing Michael C. Meyer and William Sherman, *The Course of Mexican History* (3d ed.)

³⁸ “Como es sabido ... el constituyente de 1856-1857 basó una buena parte de su obra en los dos documentos constitucionales de 1824: Acta Constitutiva y Constitución.” Emilio O. Rabasa, *Historia de las Constituciones Mexicanas*, Pág. 65 (5 pdf, chapter V), available at

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=234>. See also Imer B. Flores, *La constitución de 1857 y sus reformas: a 150 años de su promulgación*. Part of the Colection: *El proceso constituyente mexicano: a 150 años de la Constitución de 1857 y 90 de la Constitución de 1917* 291-292 (7-8 pdf), available at <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2389>.

³⁹ See Rabasa, *id.*

⁴⁰ See Part II.B.2., *infra*.

liberty.”⁴¹ This affinity created by similar colonial and revolutionary experiences was reinforced by philosophical attitudes prevalent when Latin American republics were writing their constitutions. Indeed, the leaders of the Latin American wars of independence and those who drafted their constitutions

had been raised in the tradition of the Enlightenment, with its emphasis on reason and its belief that human beings, by the use of reason, could construct political institutions so in harmony with the natural laws of the universe that the inevitable result would be the ideal civil society. A crucial element of Enlightenment thought was the belief that man was naturally free, and that liberty was both the consequence and condition of the ideal society.⁴²

Much the same ideals galvanized the American Revolution which, it has been said

inspired a sense of a new era. It added a new content to the conception of progress. It gave a whole new dimension to ideas of liberty and equality made familiar in the Enlightenment. It got people into the habit of thinking more concretely about political questions, and made them more readily critical of their own governments and society.⁴³

Pragmatism

Alternatively, it has been asserted that the impulses that animated the Mexican adoption of

aspects of the U.S. Constitution had far less to do with shared political philosophies and common histories and much more to do with pragmatism. Simply put, the “American system appeared workable. The establishment of a republican structure in Mexico under the Constitution of 1824 was essentially the result of an immediate need for practical political machinery in that turbulent country.”⁴⁴

⁴¹ Robert S. Barker, *supra* note 16 at 896.

⁴² *Id.* at 896-97.

⁴³ Robert R. Palmer, *The Age of Democratic Revolution: A Political History of Europe and America*, 1760 – 1800, Volume I, 282 (1964).

⁴⁴ Watson Smith, *Influences from the United States on the Mexican Constitution of 1824*, 4 *Journal of the Southwest* 113, 113 (1962).

It has further been argued that the prevailing political situations and philosophies at the time were divergent in the two nations:

During the first quarter of the nineteenth century, Americans were wont to assume that the Mexicans were in a political situation analogous to that of the Anglo-American colonists in 1775, and that they consciously looked to the United States as to a great exemplar for the solution of their troubles. The Mexicans to a large degree did copy the form of government which then existed in the United States, but their choice was due principally to local circumstance and not to any conviction as to the excellence of the system.⁴⁵

The Mexican patriots were not champions of democracy as it was understood in the United States, in England, or in France; they were not the disciples of Rousseau or Jefferson, although they borrowed phrases from the writings of these philosophers. Nor was it reasonable to expect that they should have been democrats. The revolution in Spanish America in its genesis was utterly different from that in the Anglo-American colonies – it did not spring from an outraged sense of the repression of the ideal of liberty or of the natural rights of man..... The decision to adopt the federal form certainly did not represent a consensus of thought among Mexican lawmakers, for during the debates over the projected constitution several political leaders voiced strong sentiment against federalism.⁴⁶

Availability of Written Materials

Part of the explanation for the influence that the U.S. Constitution apparently had in Mexico lies in the fact that the Constitution and related materials were readily available to the framers of the 1917 Mexican constitution and its predecessor documents:

In Mexico, the United States Constitution was serialized by the *Diario* as early as 1812. In the short time between Mexico's Declaration of Independence in 1821 and the adoption of a federal constitution in 1824, North American constitutional documents were published in large numbers. The Constitution appeared in the *Semanario Politico y Literario* as well as in a

⁴⁵ Id. (footnotes omitted).

⁴⁶ Id. (citations omitted).

published edition along with *Common Sense*, the Declaration of Independence, and the Articles of Confederation, under the title *Ideas necesarias a todo pueblo Americano independiente que quiero [sic] ser libre....* In 1823, *El Aquila Mexicana* published a comprehensive description of the United States which included a detailed treatment of the Massachusetts state constitution.⁴⁷

This trend continued:

During the three years between Mexico's declaration of independence and the adoption of its 1824 constitution, large numbers of North American constitutional or near constitutional documents were reprinted. They included the Declaration of Independence, Articles of Confederation, U.S. Constitution, and Paine's *Common Sense*, all of which appeared in an edition published in Puebla in 1823. Copies of the U.S. Constitution translated into Spanish were offered for sale in Mexico City in 1823, and the entire document was reprinted in the *Seminario politico y literario*.⁴⁸

Another scholar noted that "the papers circulated during the Wars of Independence, and enthusiasm for North American institutions followed quickly on adoption of the United States Constitution.... Mexico's [Constitution] of 1824 ... [was] directly modeled on the United States document."⁴⁹ And it was reported that in 1837, "copies of de Toqueville's *Democracy in America* became available in Mexico, and was read with great interest."⁵⁰ In preparation for the drafting of the 1824 Constitution, it has been said, "[t]he deputies of the new states arrived full of enthusiasm for the federal system and their manual was

⁴⁷ Kolesar, *supra* note 32 at 48, citing Robertson, *Hispanic-American Relations* 651 and Brack, *Mexico Views Manifest Destiny* 18, 23-25 (1975). See also Billias, *supra* note 22 at 117 ("In Mexico City, the *Diario de Mexico*, despite strict censorship, serialized the U.S. Constitution").

⁴⁸ Billias, *supra* note 22 at 117, citing Gene Brack, *Mexico Views Manifest Destiny, 1821-1846: An Essay on the Origins of the Mexican War* 24-25 (1975).

⁴⁹ Daniel L. Horowitz, http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1133&context=duke_fs, footnotes omitted, citing Albert Blaustein, "On the Influence of the United States Constitution Abroad," paper Notes 35 prepared for the Berlin Conference on the Law of the World, July 21-26, 1985, World Peace Through Law Center, Washington, D.C. 5.

⁵⁰ Barker, *supra* note 16 at 906.

the Constitution of the United States of the North, of which they had a bad translation, printed in Puebla, which served as a text and model for the new legislators.”⁵¹

Diplomats, Propagandists, and Proselytizers

Diplomats, propagandists, and proselytizers also had a significant role in disseminating such documents and the views reflected therein.⁵² Some influence is said to have originated with “Americans who [had] been called upon to serve as advisers in the writing of other constitutions. Americans ... helped draft the ... Mexican ... constitution [among others].”⁵³

Some Negative Influence

The influence of U.S. political institutions and documents, however, was not all positive, and it must be openly acknowledged that the cautious relationship between the United States and Mexico and their people may have resulted in some adverse impacts of the U.S. Constitution on the Mexican Constitution.

For instance, the attitude and actions of Joel Roberts Poinsett, the “most active agent of the United States in Spanish America”⁵⁴ arguably disaffected Mexicans to U.S. political institutions. Indeed, his actions in Mexico “became so outrageous that in 1829 the Mexican government asked that he be recalled. The net result of Poinsett’s meddling in Mexico’s internal politics was to undercut previously favorable impressions Mexicans had had of North American political institutions.”⁵⁵

⁵¹ Zavala, Lorenzo, *Ensayo Histórico de las revoluciones de Méjico, desde 1808 hasta 1830*, available at <https://archive.org/details/ensayohistoricod02zavagoog>. See also Tena Ramírez, Felipe in “Leyes Fundamentales de México, 1808-2005” page 153; Knowlton, *supra* note 32.

⁵² Billias, *supra* note 22 at 117-18.

⁵³ Blaustein, *supra* note 19.

⁵⁴ Kolesar, *supra* note 32 at 45.

⁵⁵ *Id.* at 45.

This ambivalence was also a result of racist attitudes perpetuated by some high-profile individuals from the U.S. toward their southern neighbors:

North American racism made admiration of its institutions increasingly difficult for Latin Americans. As early as 1826 the newspaper *El Sol* of Mexico was clearly displeased by the “fanatical intolerance” of John Randolph’s Senate speech in which he asserted that the United States should not associate with the South Americans, who were descended from Africans. The ambivalent Mexican attitude of fear and admiration of the United States turned more hostile after the Texas revolution of 1836 and other acts of aggression.⁵⁶

Prominent Differences and Influence of Other Factors

The aim of this paper is to show the influences that the U.S. Constitution had in Mexico. At the outset, however, it is frankly recognized that ours was not the only important inspiration and that important “other forces were at play.”⁵⁷ And, while Part III below may accentuate the similarities between constitutional structures and downplay the variances, it is openly acknowledged that “even more striking than the similarities were the differences.”⁵⁸ In fact, the misperception that many from the U.S. may have had about the extent of the influence that we had on our southern neighbors may have been sorely misplaced:

In the United States at the time there was a strong and rather smug assumption that the Mexicans in their constitutional deliberations had been influenced by the American system, and that they enthusiastically and almost exclusively had drawn upon the Federal Constitution of 1787 as a model. But neither the influences, nor the channels through which they flowed, were clear-cut, and in general the effect was much less direct than supposed.⁵⁹

⁵⁶ Id. at 46-47, citing Horsman, *Race and Manifest Destiny*; and Brack, *Mexico Views Manifest Destiny* 15, 44-45, 169.

⁵⁷ Smith, *supra* note 44 at 113.

⁵⁸ Id. at 123.

⁵⁹ Id. at 116.

And of course a simple replication would have proven to be disastrous. As many Latin American countries discovered:

[I]mitation was no simple matter. Time and again, they found that North American ideals, ideas, and institutions did not fit their situation. As one historian put it, paraphrasing [Isabel Allende]: “It was like a lock ordered by catalogue from the United States that came with the wrong instructions and no keys.” “The limited transplantability of [North] American constitutional ideas is the main lesson of ... Latin America,” wrote another scholar.⁶⁰

SPECIFIC AREAS OF INFLUENCE OF THE U.S. CONSTITUTION

This Part describes a number of specific elements of the Mexican Constitution⁶¹ that appear to have been influenced by the U.S. counterpart. Some elements will be discussed briefly and others in greater detail. Where possible, sources suggesting the impact are indicated. In other cases, the connection between the Mexican and U.S. documents is simply inferred but not proven through any reliable means and influence is inferred from the presence of similar models or language.

Part A. discusses government structures and shared powers in the two systems – federalism and notions of sovereignty (1.); separation of powers and checks and balances (2.); and intergovernmental relations (supremacy and full faith and credit provisions) (3.). Part B. considers individual rights and liberties.

Government Structures and Shared Powers

The Mexican and U.S. Constitutions embrace similar large-scale principles of government organization – specifically a system of shared powers that, at least technically, protect the sovereignty of the states as important political sub-divisions, and of the people; and a national

⁶⁰ Billias, *supra* note 22 at 105.

⁶¹ Unless otherwise indicated, references are to the Political Constitution of the Mexican States of 1917.

government founded on principles of separation of powers and checks and balances.

Federalism and Notions of State and Popular Sovereignty

Federalism

The United States and Mexico both are marked by systems of federalism that are deeply ingrained into their respective constitutional traditions. The respective systems of federalism differ but they share many important hallmarks.

Evidence of U.S. Influence

The United States, it has been said, invented modern federalism.⁶² As outlined in Part II., *supra*, there is evidence of a direct influence of the U.S. system on Mexican constitutional structures. It has been noted, for instance, that “[t]he Mexican Constitution has virtually copied the critical provisions of the United States Constitution regarding federalism.”⁶³

Reasons for Development of Federalist System in Mexico

A gamut of historical and practical reasons helps to explain the attractiveness of a federalist system for Mexico. In 1824, when a federalist constitution was first adopted in Mexico, decentralization of power

was a way to counteract the former centralist administrative authority of the colonial period....The constitutional congress (*constituyente*) of 1823 was able to entice the separate territories into a political union by adopting a

⁶² Keith S. Rosenn, *Federalism in the Americas in Comparative Perspective*, 26 U. Miami Inter-Am. L. Rev. 1, 4 (1994) (“the framers of the U.S. Constitution of 1787 invented modern federalism”). See also G. Alan Tarr, *supra* note 19 at 382 (“The United States of America is the world’s oldest, continuing, modern federal democracy. Indeed, the framers of the United States Constitution are widely regarded as the inventors of modern federalism.”).

⁶³ Smith, *supra* note 15, at 95, citation omitted.

federal model that limited the powers of the central government and left the states with a great deal of autonomy.⁶⁴

But the 1824 model did not vest sufficiently strong powers in the national government. As was the case with the U.S. Articles of Confederation, which produced a painfully weak national government with no taxing or spending authority,⁶⁵ the federal government under the Mexican Constitution of 1824 “was so anemic as to produce chaos. The federal government lacked any significant taxing power.... Within ten years, the vacuum at the center of the political system resulted in a growing sentiment in favour of a more centralized form of government.”⁶⁶ The 1857 Constitution, the model for the current Constitution, “more clearly distributed the balance of power between the states and the federal government.”⁶⁷

More practical intentions also contributed to the development of a federal system in Mexico, which included the apparent social, economic, and political successes of the U.S. experiment and “direct North American proselytizing.”⁶⁸

Since federalism and a decentralized form of government authority had been operating successfully in the United States, it offered an attractive model.... Because federalism grants autonomy to subordinate units, it is particularly useful for governing large countries with a huge landmass. Hence, it is no coincidence that ... Mexico ... tried to adopt a federal system....⁶⁹

⁶⁴ Zamora et al., *supra* note 1 at 104-05 (citations omitted).

⁶⁵ See, e.g., Eric M. Freedman, *Why Constitutional Lawyers and Historians Should take a Fresh Look at the Emergence of the Constitution from the Confederation Period: The Case of the Drafting of the Articles of Confederation*,

⁶⁶ *Tenn. L. Rev.* 783, 785-86. George Washington, the first President of the United States, reportedly referred to the confederation created by the Articles of Confederation as a “a rope of sand.” See http://photos.state.gov/libraries/amgov/30145/publication-senglish/1310_Outline_of_US_Government_English_TEXT_Low_WEB.Pdf.

⁶⁷ Zamora et al., *supra* note 1 at 106 (citation omitted).

⁶⁸ *Id.* at 107.

⁶⁹ Kolesar, *supra* note 32 at 44.

⁶⁹ Billias, *supra* note 22 at 110, quoting A.T. Edelman, *Latin American Politics and Government* 395 (1965).

Similar Dominant Features

The defining features of both federalist systems are the same: The national government is a government of limited powers whose competence is restricted to a list of enumerated powers; and residual governmental powers are within state authority. Under both systems some powers are exclusive to the federal governments, some are exclusive to the state governments, and some are shared.

The savings clause in each Constitution that leaves residual government power, *i.e.*, powers not delegated to the federal government, to the states are quite similar. The U.S. Constitution provides that “[t]he powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the states, are reserved to the states respectively, or to the people.”⁷⁰ In much the same fashion, the Mexican Constitution states that “[a]ll powers not explicitly vested by this Constitution on federal authorities, are reserved to the States.”⁷¹ It has been said:

As with the 1857 Constitution, the Constitution of 1917 established a federal system patterned after the constitutional structure of [the] United States. The division of federal/state power is identical in form in both Constitutions: certain clauses grant specific powers to the federal government in matters of national concern and a general savings clause reserves all remaining powers to the states. In comparing the Mexican savings clause with its U.S. model, one sees that they are almost identical.⁷²

Accordingly, neither Constitution specifies powers granted to the states:

Because all powers originally belonged to the sovereign peoples of the constituent states, the people and their states retained all powers that they did not delegate to the federal government. Thus, although the Constitution prohibits some state powers, it does not delegate powers to the states, nor

⁷⁰ Constitution of the United States of America, Amendment 10 (1791).

⁷¹ Political Constitution of the United Mexican States, Article 124. “Article 124, modeled after the 10th Amendment to the U.S. Constitution, provides that the powers of the federal government are limited to those specifically delineated, the remainder being reserved for the states.” Rosenn, *supra* note 62 at 46.

⁷² Zamora et al., *supra* note 1 at 108.

does it contain a list of powers that the states share with the federal government.⁷³

Areas of federal competency specified in both the U.S.⁷⁴ and the Mexican Constitution⁷⁵ are extensive and many of them are identical – such as the power to tax and spend, to declare war, to regulate interstate commerce, to establish a post office, to print money, to establish a system of weights and measures, to borrow money on the credit of the nation, and to regulate patents and copyrights, bankruptcy, immigration and naturalization.⁷⁶ The Mexican Constitution, however, gives the federal government competence over many areas that are within state authority in the United States, such as the power to legislate on all matters of commerce,⁷⁷ which includes corporate structures and commercial law. The presence in Mexico of a single commercial code diverges sharply with the U.S. system in which each state has its own statutes regulating commercial transactions and corporate structures. The Mexican system also departs from the U.S. model in that the former spells out many elements of state and local governance⁷⁸ and imposes restrictions on state and local activity⁷⁹ which are absent from the U.S. Constitution. Of particular note, Mexico's Constitution expressly prohibits states from engaging in interstate commerce,⁸⁰ which is merely implicit in the U.S. Constitution and has been recognized by a judicial precept known as the “negative” or “dormant” commerce clause.⁸¹

⁷³ Tarr, *supra* note 19 at 385.

⁷⁴ See, e.g., Constitution of the United States of America, Article I section 8, Amendment 13, Amendment 14, Amendment 15.

⁷⁵ Political Constitution of the United Mexican States, Article 73.

⁷⁶ Constitution of the United State of America, Article I, section 8. Regulation of the home of the federal government (*i.e.*, the Distrito Federal in Mexico and the District of Columbia in the United States) in both constitutions was also a power housed in the federal legislature, see Constitution of the United States of America, Article I section 8; Political Constitution of the United Mexican States, Article 301 A. Recently, the Mexican Constitution was amended to make Mexico City a state. See http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_crono.htm.

⁷⁷ Political Constitution of the United Mexican States Article 73 X.

⁷⁸ *Id.*, Article 116.

⁷⁹ *Id.*, Articles 115- 122

⁸⁰ *Id.*, Articles 117-18.

⁸¹ See, e.g., *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1 (1824).

In both systems, states retain important powers and adopt their own civil codes, criminal codes, and codes of criminal procedure.⁸²

In both countries, the Constitutional structure fails to adequately define the precise contours of the powers of the respective sovereigns, and disagreement continues as to whether certain powers fall within federal competence: “In both constitutions, the balance of legislative and executive power between the states and the federal government, while defined in broad constitutional outline, has been open to re-definition throughout the history of each country.”⁸³ And in nearly identical passages, both Constitutions grant the national legislature the power to use ample means in executing their assigned powers.⁸⁴

Both Systems Highly Centralized ...
But Mexico More so than the United States

Mexico and the United States both are systems that have moved toward centralization:

The concept of states’ rights ... has steadily eroded on both sides of the border, provoked in Mexico by the dominance of the executive branch, the passage of a series of constitutional amendments, and the enactment of several federal codes which serve as models for state codes. In the United States, congressional acts subsequently approved as constitutional by the Supreme Court have broadened the scope of federal prerogatives to the point where any limit is no longer considered a constitutional-legal restraint but simply a political one. While both systems continue to have concurrent federal-state

⁸² With some exceptions, as in the United States and as contrasted with many other federalist countries, “Mexico permits the states to enact their own basic codes,” Rosenn, *supra* note 62 at 16.

⁸³ Zamora et al., *supra* note 1 at 102, citing Jorge Carpizo, *Sistema Federal Mexicano*, in 3 *Gaceta Mexicana de Administracion Publica Estatal y Municipal* 81 (1981).

⁸⁴ The U.S. Constitution gives Congress the power to “make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution the foregoing Powers, and all other Powers vested by this Constitution in the Government of the United States, or in any Department or Officer thereof.” U.S. Constitution Article I section 8. The Mexican Constitution, in similar fashion, vests in Congress the power “[t]o enact all laws required to make effective the forgoing powers and any other powers vested on the Powers by the Union of this Constitution.” Mexican Constitution Article 73, section XXX.

jurisdiction over an infinite variety of measures, it is the national government's prerogative to preempt such areas as it chooses.⁸⁵

But the experience in Mexico (at least until recently) has been notably more dramatic than that of the U.S. In fact, centralization in Mexico has been so profound as to lead some to say that Mexico's federalism is "a great lie."⁸⁶ As described by Jorge Carpizo, "[a] good part of the federated states' autonomy is under central will. In this fashion, what really exists in Mexico is a centralized government with some decentralized aspects."⁸⁷

Notions of State and Individual Sovereignty

Neither the word "sovereign" nor "sovereignty" appears in the Constitution of the United States, yet notions of individual sovereignty and the autonomy of the various states have long been understood as fundamental to our constitutional underpinnings. This understanding is drawn from our particular history and also from textual allusions, beginning with the opening words of the Constitution:

⁸⁵ Smith, *supra* note 15, at 96 (citations omitted). It should be noted that Smith's article was written prior to the Supreme Court's decisions in *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995), *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000), and *National Federation of Independent Businesses v. Sebelius*, 567 U.S. ____ (2012), which limited – however minimally – federal commerce power. The essence of Smith's statement remains true. See also Tarr, *supra* note 19 at 385.

⁸⁶ Billias, *supra* note 22 at 110, quoting A.T. Edelman, *Latin American Politics and Government* 395 (1965).

⁸⁷ Jorge Carpizo, *Federalismo en Latinoamérica* 78 (1973). See also Imer B. Flores, *Reconstituting Constitutions – Institutions and Culture: The Mexican Constitution and NAFTA: Human Rights Vis-à-Vis Commerce*, 17 Fla. J. Int'l L. 693, 698 (2005). ("Much has been said of the historically unrepresentative, authoritarian, and centralized features of the Mexican legal and political system. These tensions between the formal and real constitutions justify, at least partially, the need not only for reforming our Mexican Constitution to reduce the gap between the two but also for reconstituting it into a true representative, democratic, and Federal Republic"); Martin C. Needler, *The Influence of American Institutions in Latin America*, 428 *Annals of American Academic of Political and Social Sciences* (November 1976) 43, 45 (in Mexico, "the federal government is much more powerful relative to the states than in the federal government of the United States").

We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquillity, provide for the common defence, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America.⁸⁸

Notions of popular and state sovereignty were reinforced in the Bill of rights, which proclaims that “[t]he powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.”⁸⁹

The Mexican Constitution is more explicit about sovereignty, and addresses the topic at some length, devoting an entire chapter to the subject. Chapter I of Title II, entitled National Sovereignty and Form of Government, provides as follows:

Article 39. The national sovereignty resides essentially and originally in the people. All public power originates in the people and is instituted for their benefit. The people at all times have the inalienable right to alter or modify their form of government.

Article 40. It is the will of the Mexican people to organize themselves into a federal democratic, representative Republic composed of free and sovereign States in all that concerns their internal government’ but united in a Federation established according to the principles of this fundamental law.

Article 41. The people exercise their sovereignty through the powers of the Union in those cases within its jurisdiction, and through those of the States, in all that relates to their internal affairs, under the terms established by the present Federal Constitution and the individual constitutions of the States’ respectively, which latter shall in no event contravene the stipulations of the Federal Pact.⁹⁰

Separation of Powers and Checks and Balances

Both the U.S. and the Mexican Constitutions divide federal power into a legislative branch, an executive branch, and a judicial branch.

⁸⁸ Constitution of the United States of America, Preamble.

⁸⁹ Id., Amendment 10 (1791).

⁹⁰ Political Constitution of the United Mexican States, Articles 39, 40, and 41

The U.S. Constitution does so by constituting and empowering the three branches in Articles I II, and III. The Mexican Constitution establishes this division more overtly by proclaiming that “[t]he Supreme Power of the Federation is divided, for its exercise, into Legislative, Executive, and Judicial branches.”⁹¹ “This tripartite division of governmental power into three supposedly equal branches has been a feature of Mexican law since the Constitution of 1824, which copied the principle of separation of powers that had been adopted by the U.S. and French Constitutions, and by the 1812 Spanish Constitution of Cadiz.”⁹² At the same time, both Constitutions provide for some level of participation and influence by each branch over the others.⁹³

In addition, in both systems, the legislative and executive powers issue from popular vote (albeit indirect in the case of the U.S. President), each elected separately and thus each bearing its own legitimacy. Both systems thus differ from parliamentary systems that are commonly found elsewhere.

Federal Legislative Power

The Constitution of the United States establishes and empowers the federal legislative branch in Article I. The Mexican federal legislative branch is established and empowered in Articles 50-79 of the Constitution. The U.S. and Mexican federal legislative powers have significant commonalities, suggestive of a U.S. influence over the development of Mexican structures

Bicameralism and Membership

The U.S. Constitution provides that “[a]ll legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall

⁹¹ Id., Article 49.

⁹² Zamora et al., *supra* note 1 at 136-37.

⁹³ “The Constitution of 1917 attempted to create a balance between the Congress and the Presidency through the classic “check and balances.” Torruco, *supra* note 31 at 765-66.

consist of a Senate and House of Representatives.⁹⁴ The Senate consists of 100 members – two from each of the 50 states.⁹⁵ There are 435 members of the House of Representatives, whose members are elected from congressional districts drawn proportionally within the states.⁹⁶

Mexico's legislative branch, “[f]ollowing the U.S. model,”⁹⁷ is a bicameral institution, composed of a *Camera de Diputados* (similar to the House of Representatives) and a *Senado* (akin to the U.S. Senate). The opening language of the Mexican Constitution's provisions on the legislative power read much like Article I, section 1 of the U.S. Constitution: “The Legislative Branch of the United Mexican States is vested in a General Congress which shall be divided into two Houses, one of deputies and one of senators.”⁹⁸ The *Camera* consists of 300 members selected within districts like the U.S.,⁹⁹ and the Senate consists of 128 senators – three from each state and the *Ciudad de Mexico* (formerly known as the *Distrito Federal*).¹⁰⁰

Elections, Terms, and Reelection

Elections: In the United States, Senators and Representatives are selected through direct voter elections held in the respective states and congressional districts.¹⁰¹ Members of the Mexican legislature are elected by direct votes within their respective districts.¹⁰²

Terms: In the United States, Senators serve for terms of six years¹⁰³ and members of the House of Representative serve for two-year terms.¹⁰⁴ In Mexico, in similar but not identical fashion, members of

⁹⁴ Constitution of the United States of America, Article I section 1.

⁹⁵ Constitution of the United States of America, Article I section 3.

⁹⁶ 2 USC §2a; Constitution of the United States of America, Article I section 2

⁹⁷ Zamora et al., supra note 1 at 138. See also id. At 180 (“the formal exercise of legislative power in Mexico follows the model adopted from the U.S. Constitution”).

⁹⁸ Political Constitution of the United Mexican States, Article 50.

⁹⁹ Id., Article 52.

¹⁰⁰ Id., Article 56.

¹⁰¹ Senators originally were chosen by the respective state legislatures. Article I section 3. Amendment 17, ratified in 1913, made the election of Senators direct.

¹⁰² Political Constitution of the United Mexican States, Articles 54 and 56.

¹⁰³ Constitution of the United States of America, Article I, section 3

¹⁰⁴ Id., Article I, section 2.

the *Senado* serve for six-year terms¹⁰⁵ and members of the *camera* serve for three-year terms.¹⁰⁶

Eligibility for Re-Election: When it comes to eligibility of members of Congress to be re-elected, the Mexican and U.S. experiences diverge. The U.S. Constitution does not provide any limits on the re-election of members of Congress, and indeed, the U.S. Supreme Court has held that states may not impose any such limits.¹⁰⁷ In the original 1917 Constitution, members of Congress were not eligible for re-election; amendments to the Mexican constitution now permit Senators and deputies to seek re-election but Deputies may serve only for four terms and Senators for two¹⁰⁸ – still far fewer than the unlimited terms permitted under the U.S. Constitution.

Qualifications of Members

Article I of the U.S. Constitution sets out minimal qualifications for members of each chamber, which includes citizenship, residency, and age requirements.¹⁰⁹ The Mexican Constitution similarly outlines qualifications to serve in the *Camera*¹¹⁰ and the *Senado*. As in the case of the U.S., these qualifications include citizenship, age, and residence. The Mexican Constitution goes further than does the U.S. by disqualifying individuals on the basis of a number of factors, including certain government/judicial positions active military, police, or security force service and being a religious minister.¹¹¹

Legislative Immunity

Members of the United States Congress enjoy immunity pursuant to the so-called Speech and Debate Clause:

¹⁰⁵ Political Constitution of the United Mexican States, Article 56.

¹⁰⁶ *Id.*, Article 51.

¹⁰⁷ See *U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton*, 514 U.S. 779 (1995).

¹⁰⁸ Political Constitution of the United Mexican States, Article 59.

¹⁰⁹ United States Constitution Article I, sections 2 and 3.

¹¹⁰ Political Constitution of the United Mexican States, Articles 55 and 58,

¹¹¹ *Id.*, Articles 55 IV., V., and VI. and 58.

The Senators and Representatives ... shall in all Cases, except Treason, Felony and Breach of the Peace, be privileged from Arrest during their Attendance at the Session of their respective Houses, and in going to and returning from the same; and for any Speech or Debate in either House, they shall not be questioned in any other Place.¹¹²

Federal legislators in Mexico enjoy immunity as in the U.S.:

Deputies and senators shall be privileged from being held accountable for their opinions in the performance of their office and may never be questioned for such opinions.

The speakers of each House shall oversee that their members' constitutional immunity and the inviolability of the legislative Houses where they hold sessions, is respected.¹¹³

Limitations on Other Offices

Members of the U.S. Congress may not during their time in office serve in other federal government capacities.¹¹⁴ Similarly, members of the Mexican legislature are not permitted to hold other federal or state offices.¹¹⁵

Oath of Office

Members of the U.S. Congress are “bound by Oath or Affirmation, to support th[e] Constitution.”¹¹⁶ Members of the Mexican legislature likewise must take an “oath to uphold the Constitution and the laws emanating from it.”¹¹⁷

¹¹² Constitution of the United States of America, Article I, section 6.

¹¹³ Political Constitution of the United Mexican States, Article 61.

¹¹⁴ Constitution of the United States of America, Article I, section 6.

¹¹⁵ Political Constitution of the United Mexican States, Article 62.

¹¹⁶ Constitution of the United States of America, Article VI.

¹¹⁷ Political Constitution of the United Mexican States, Article 128.

Control Over Affairs

In both the Mexican and U.S. examples, members of Congress enjoy significant power over the functioning of internal legislative affairs. The U.S. Constitution provides that “[e]ach House may determine the Rules of its Proceedings, punish its Members for disorderly Behaviour, and, with the Concurrence of two thirds, expel a Member.”¹¹⁸ Likewise, under the Mexican Constitution, Congress “shall enact the law that shall govern its internal operations and structure.”¹¹⁹

The Legislative Process

The legislative process in both countries is similar. In Mexico, as in the United States, the process begins with the introduction of a bill in either chamber. In contrast to the U.S. system in which only members of the respective chambers may introduce legislation, in Mexico bills may be introduced by members of the legislature as well as the President, state legislatures and the Ciudad de Mexico, and, under certain circumstances, citizens.¹²⁰ In both the U.S. and Mexico, the budget process must begin in the lower chamber.¹²¹ If a bill is approved by both chambers, it will be presented to the President.¹²² In both systems, the President can sign, return the legislation, or execute a pocket veto.¹²³ To override the Mexican President’s veto, there must be a 2/3 vote by each chamber¹²⁴ – which is exactly the same as the U.S. model.¹²⁵

The Mexican Constitution expressly provides that the President may veto legislation in whole or in part.¹²⁶ Congress in the Line Item

¹¹⁸ Constitution of the United States of America, Article I, section 5.

¹¹⁹ Political Constitution of the United Mexican States, Article 70.

¹²⁰ Political Constitution of the United Mexican States, Article 71,

¹²¹ Constitution of the United States of America, Article I, section 7; Political Constitution of the United Mexican States, Articles 72 subsection H, 74, and 75.

¹²² Constitution of the United States of America, Article I, section 7; Political Constitution of the United Mexican States, Article 72 subsection A.

¹²³ Constitution of the United States of America, Article I, section 7; Political Constitution of the United Mexican States, Article 72 subsections A, B, and C.

¹²⁴ Political Constitution of the United Mexican States, Article 72 subsection C.

¹²⁵ Constitution of the United States of America, Article I, section 7.

¹²⁶ *Id.*, Article VII.

Veto Act of 1996 attempted to give the President this power, but the law was declared unconstitutional by the U.S. Supreme Court.¹²⁷

Enumerated Powers

In both the United States and Mexico, the federal legislative powers are limited to competencies outlined in the respective constitutions. The limits on federal legislative power in both countries are addressed elsewhere in this paper.¹²⁸

In both systems, each chamber is assigned specific duties. For instance, in the United States, bills for raising revenue must originate in the House of Representatives,¹²⁹ which also has the power to impeach high-level federal officials.¹³⁰ The Senate has the power to ratify treaties, to confirm judicial nominations made by the president, as well as presidential nominations to cabinet positions, ambassadors, and consuls,¹³¹ and to try impeached officials.¹³²

Similar exclusive powers are assigned to each chamber in the Mexican legislature. As in the U.S., the budget process must begin in the *Camara de Diputados*¹³³ and the *camera* is responsible for impeaching public officials.¹³⁴ The Senate ratifies treaties, and confirms presidential appointments.¹³⁵

Federal Executive Power

The federal executive branch is established and empowered in Article II of the U.S. Constitution and in Articles 80-93 of the Mexican

¹²⁷ Clinton v. City of New York, 525 U.S. 417 (1998).

¹²⁸ Part III.A.1.a., supra.

¹²⁹ Constitution of the United States of America, Article I, section 7.

¹³⁰ Id., Article I, section 2.

¹³¹ Id., Article II, section 2.

¹³² Id., Article I, section 3.

¹³³ Political Constitution of the United Mexican States, Article 74.

¹³⁴ Id., Article 75.

¹³⁵ Id., Article 76. With respect to the appointment of Supreme Court ministers, the Constitution as amended now provides that the Senate selects Supreme Court *Ministros* from a short list submitted by the President. See http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_crono.htm.

Constitution. There are numerous similarities – but also vast differences – between the federal executive power in the United States and Mexico.

Presidential Systems

Article II of the U.S. Constitution instructs that “[t]he executive Power shall be vested in a President of the United States of America.”¹³⁶ The U.S. Constitution also acknowledges the presence of a Vice President.¹³⁷

The Mexican Constitution similarly vests “[t]he exercise of the Supreme Executive Branch of the Union ... in a single individual who shall be called the ‘President of the United Mexican States.’”¹³⁸ In contrast to the U.S. system, the 1917 Constitution makes no provision for a vice president.

Elections, Terms, Reelection, and Removal

Elections: The President and Vice President of the United States are elected indirectly through the Electoral College.¹³⁹ In Mexico, in contrast, “[t]he election of the President shall be direct.”¹⁴⁰

Terms: The U.S. President “shall hold his Office during the Term of four years.”¹⁴¹ The Constitution as originally promulgated contained no limitation on the number of terms for which a President could serve, but a two-term limitation was effectively imposed in 1951 by Amendment 22.¹⁴² In contrast, the Mexican President serves for a single six-year term without any possibility of reelection.¹⁴³

¹³⁶ Constitution of the United States of America, Article II, section 1.

¹³⁷ *Id.*

¹³⁸ Political Constitution of the United Mexican States, Article 80.

¹³⁹ Constitution of the United States of America, Article II, section 1, modified by Amendments 12 (1804).

¹⁴⁰ Political Constitution of the United Mexican States, Article 81.

¹⁴¹ Constitution of the United States of America, Article II, section 1.

¹⁴² “No person shall be elected to the office of the President more than twice....”

¹⁴³ Political Constitution of the United Mexican States, Article 83.

Removal from Office: Both Constitutions provide a mechanism for removing the President. The U.S. President may be removed from office only upon impeachment for and conviction of “Treason, Bribery, or other high Crimes and Misdemeanors.”¹⁴⁴ In Mexico, the President “may be impeached only for treason against the United Mexican States and high crimes under ordinary jurisdiction.”¹⁴⁵

Qualifications

The U.S. Constitution imposes citizenship, residency, and age eligibility requirements to be President,¹⁴⁶ and the President must be “a natural born citizen” of the United States.¹⁴⁷

The Mexican Constitution also sets out qualifications for the President, which, like the U.S. counterpart, include provisions regarding citizenship by birth, age, and residence.¹⁴⁸ Unlike in the U.S., there are a number of other restrictions, including that the President may not be “a member of the clergy nor a minister of any creed.”¹⁴⁹

Oath of Office

The President shall take an oath to “preserve, protect, and defend the Constitution of the United States.”¹⁵⁰ A similar oath is prescribed by the Mexican Constitution.¹⁵¹

Powers

Article II of the U.S. Constitution fixes the powers of the President, which include serving as Commander in Chief,¹⁵² granting pardons

¹⁴⁴ Constitution of the United States of America, Article II., section 4.

¹⁴⁵ Political Constitution of the United Mexican States, Article 108.

¹⁴⁶ Constitution of the United States of America, Article II, section 1.

¹⁴⁷ *Id.*

¹⁴⁸ Political Constitution of the United Mexican States, Article 82, I., II., and III.

¹⁴⁹ *Id.*, Article 82, IV.

¹⁵⁰ Constitution of the United States of America, Article II, section 1. See also Article VI.

¹⁵¹ Political Constitution of the United Mexican States, Article 87.

¹⁵² Constitution of the United States of America, Article II, section 2.

for federal crimes (except in cases of impeachment),¹⁵³ entering into treaties, with the approval of two-thirds of the Senate,¹⁵⁴ nominating and, upon Senate confirmation, appointing “Ambassadors, other public Ministers and Consuls, Judges of the supreme Court, and all other Officers of the United States ... which shall be established by Law,”¹⁵⁵ fill vacancies during congressional recesses, which expire at the end of the session,¹⁵⁶ “from time to time [to] give to the Congress Information of the State of the Union” and make recommendations for legislative consideration,¹⁵⁷ convening either or both chambers of Congress “on extraordinary occasions,”¹⁵⁸ receiving ambassadors and other public ministers,¹⁵⁹ and to “take Care that the Laws be faithfully executed.”¹⁶⁰

The Mexican President shares many of the same powers as that of the chief executive of the U.S., including the power to promulgate and execute laws passed by Congress, the power to appoint cabinet ministers and other federal officials, the power to act as commander in chief and to declare war pursuant to an act of Congress, to grant pardons to persons convicted of federal crimes, and to conduct foreign relations and conclude treaties, with the approval of the Senate.¹⁶¹ As in the United States, the Mexican President is commanded to present a report on the state of the union, but unlike in the U.S., the report delivered to Congress by the Mexican President must be in writing.¹⁶²

The Mexican President, however, enjoys a number of significant powers not shared by his U.S. counterpart. These include the power to order the deportation without hearing of any foreign citizen whose presence in Mexico is “inconvenient,”¹⁶³ to carry out agrarian reform

¹⁵³ Id.

¹⁵⁴ Id.

¹⁵⁵ Id.

¹⁵⁶ Id. For an interesting discussion of this power see *National Labor Relations Board v. Noel Canning*, 537 U.S. __ (2014).

¹⁵⁷ Constitution of the United States of America, Article II, section 3.

¹⁵⁸ Id.

¹⁵⁹ Id.

¹⁶⁰ Id.

¹⁶¹ Political Constitution of the United Mexican States, Article 89.

¹⁶² Id. at Article 69.

¹⁶³ Id. at Article 33.

and protect against the exploitation of natural resources,¹⁶⁴ and to introduce legislation.¹⁶⁵ This last power has been broadly executed; it has been said that “the vast majority of all federal legislation has been drafted in the executive branch, within the presidential office or in the cabinet ministries (secretarias).”¹⁶⁶

Despite the many similarities between the formal provisions for the executive branch in the Mexican and U.S. Constitutions, the experience has been vastly different in the two systems. Until relatively recently, Mexico’s system was dominated by a system of *presidentialismo* or “hyperpresidentialism.”¹⁶⁷ Under this system, the President has been a “formidable participant in the system of checks and balances”¹⁶⁸ such that “[w]hile in office, [his] will is tantamount to law.”¹⁶⁹ As a result, “during the twentieth century, the Mexican Constitution was applied so as to give clear predominance to the executive branch.”¹⁷⁰ Thus, despite the tripartite separation of federal powers,

the President retained significant ‘indirect’ legislative powers by virtue of the political leadership of the President in a one-party ‘democratic’ system. For this reason, the constitutional separation of legislative and executive powers in Mexico was, until recently, a legal fiction that did not reflect reality. While the President was careful to follow the *formal* constitutional requirements prohibiting executive incursions into the legislative arena, the political process allowed him to dictate the development of Mexican law.¹⁷¹

¹⁶⁴ Id. at Article 27.

¹⁶⁵ Id. at Article 71.

¹⁶⁶ Zamora et al., *supra* note 1 at 139.

¹⁶⁷ Keith S. Rosenn, *supra* note 62 at 46, citing Carlos Nino. The powers of the Mexican President have been referred to as “metaconstitutional.” Jeffrey Weldon, *The Political Sources of Presidentialism in Mexico*, in *Presidentialism and Democracy in Latin America* 254-55 (1997).

¹⁶⁸ Tarr, *supra* note 19 at 392.

¹⁶⁹ Zamora et al., *supra* note 1 at 141-42.

¹⁷⁰ Id. at 137.

¹⁷¹ Zamora et al., *supra* note 1 at 137. “Total discipline [within the ruling PRI], as well as respect for final decisions, was generated internally; pluralism of opinion was permitted within the party and negotiations were normal. Once a decision was made, it was to be carried out.” Torruco, *supra* note 31 at 772-73; “Mexico’s ruling party, the Partido Revolucionario Institucional (PRI), governed for almost a century with remarkably little violence. It was, as the Peruvian novelist Mario Vargas Llosa once remarked, the ‘perfect dictatorship.’ Mexico’s political order under the PRI blended authoritarianism with flexibility because some constitutional rules, like the prohibition on presidential

It is important to note, however, that the party structure rather than Constitutional formalities were largely responsible for the growth of *presidentialismo* in Mexico.¹⁷² In fact, as early as 1826, support for moderate executive power was expressed¹⁷³ and this concern drove constitutional development since.

Federal Judicial Power

As with the other organs of government, there are many similarities but also significant differences between the judicial systems created by the U.S. and Mexican constitutions, respectively. The federal judicial branch is established and empowered by Article III of the U.S. Constitution and Articles 94-107 of the Mexican Constitution.

Structure of the Judicial Branches

The Constitution of the United States provides for “one supreme Court” and “such inferior Courts as the Congress may from time to

re-election, were respected, allowing the system to evolve over time. The flexibility of Mexican authoritarianism made Mexico the most successful dictatorship of the twentieth century.” Miguel Schor, *An Essay on the Emergence of Constitutional Courts: The Cases of Mexico and Colombia*, 16 Ind. J. Glob. Legal Stud. 173, 177-78 (2009) (footnote omitted).

¹⁷² “Institutional design was not the culprit in Mexico, as its 1917 Constitution established a reasonable balance of powers between the different branches of government. The strong powers wielded by Mexican presidents flowed not from their formal powers, but from their control over the PRI, which, in turn, controlled every level of government until late in the twentieth century. The ‘metaconstitutional powers of the president’ trumped the formal separation of powers guaranteed by Article 49 of the Mexican Constitution of 1917. The reason this matters is that when Mexico democratized and political parties opposed to the PRI gained office, vertical and horizontal separation of powers emerged quickly. The institutions by which different political factions check each other had not been destroyed during the period of PRI ascendancy, but had simply lain dormant until pricked into activity by the emergence of political competition.” Schor, *supra* note 171 at 178 (footnotes omitted).

¹⁷³ In arguing against a proposal to grant extraordinary power to the executive intended to combat internal factions and external threats, Zavala in a senate speech on 1826 said this: “Let us remember the conduct that our neighbors to the north have followed, even in the days of their greatest danger. The great Washington never had nor requested extraordinary powers.” Knowlton, *supra* note 32, citing Felipe Tena Ramirez, *Leyes fundamentales de Mexico, 1803-1967* (3d ed.), quoting Lorenzo de Zavala, *Obras, El historador y el representante popular* (1969).

time ordain and establish.”¹⁷⁴ The Mexican Constitution of 1917 went somewhat further, and vested the federal judicial power in “a Supreme Court of Justice, in circuit courts,... and in district judges.”¹⁷⁵ It is possible that the structure of the U.S. judicial branch – which long has included regional circuits and district courts¹⁷⁶ – inspired the formation of the Mexican judicial branch.

The Supreme Court of the United States sits only *en banc*, while the Mexican Constitution provides that the Nation’s Supreme Court of Justice “shall function in Full Court or in Chambers.”¹⁷⁷

Qualification and Selection of Judges

In contrast to the provisions relating to the legislative and executive branches, there are absolutely no constitutional requirements for serving as a U.S. federal judge. The Mexican Constitution represents a departure and sets forth requirements for service on the Supreme Court of Justice, including citizenship by birth, residence, age, reputation, and legal education. Having held certain government positions or having been convicted of a crime is disqualifying for the office. In addition, those who are appointed Justices should be “individuals who have distinguished themselves for their honorability, proficiency and a good professional record in the exercise of legal duties.”¹⁷⁸ These characteristics in the U.S. are left to the political processes.

In the United States, federal judges are nominated by the President and appointed once confirmed by the Senate.¹⁷⁹ In Mexico, the Constitution of 1917 originally provided by appointment through the same

¹⁷⁴ Constitution of the United States of America, Article III, section 1.

¹⁷⁵ Political Constitution of the United Mexican States, Article 94. This provision was subsequently amended to include an Electoral Tribunal. See http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_crono.htm.

¹⁷⁶ Judiciary Act of 1789, codified in various sections of Title 28 of the United States Code.

¹⁷⁷ Political Constitution of the United Mexican States, Article 94.

¹⁷⁸ *Id.*, Article 95.

¹⁷⁹ Constitution of the United States of America, Article II, section 2.

process as in the U.S.,¹⁸⁰ although a different rule is now in place pursuant to constitutional amendment.¹⁸¹

Tenure of Judges and Salary Protection

Federal judges in the U.S. enjoy life tenure.¹⁸² Justices in the Mexican Supreme Court of Justice hold their terms for a period of 15 years.¹⁸³ Circuit and district judges in Mexico hold their terms for six years.¹⁸⁴

As an additional safeguard of judicial independence, both the U.S. Constitution and the Mexican Constitution provide that the salaries of federal judges (in the case of the U.S.) and Supreme Court of Justice ministers (in the case of Mexico) cannot be reduced during their time in office.¹⁸⁵

Removal of Judges

Federal judges in the U.S. may be removed upon impeachment and conviction of “Treason, Bribery, or other high Crimes and Misdemeanors.”¹⁸⁶ In Mexico, judges are “liable for any actions or which they incur in the performance of their respective duties.”¹⁸⁷ Upon impeachment and conviction, through a proceeding that bears similarities to the U.S. procedures,¹⁸⁸ judges will be removed from office and dis-

¹⁸⁰ Political Constitution of the United Mexican States, Article 96. Interestingly, the Senate was required to act within a ten-day period. No timeframe is imposed on the U.S. Senate in considering presidential nominations, which omission is particularly noteworthy in light of the political issues surrounding President Obama’s recent Supreme Court nominee.

¹⁸¹ http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_crono.htm,

¹⁸² Constitution of the United States of America, Article III section 2 (providing that judges hold their positions “during good Behaviour”).

¹⁸³ Political Constitution of the United Mexican States, Article 94.

¹⁸⁴ *Id.* at Article 97.

¹⁸⁵ Constitution of the United States Article III, section 1; Political Constitution of the United Mexican States, Article 94.

¹⁸⁶ *Id.*, Article II, section 4.

¹⁸⁷ Political Constitution of the United Mexican States, Article 108.

¹⁸⁸ *Id.*, Article 109.

qualified from other public functions, “public offices, employments or commissions of whatever nature.”¹⁸⁹

Oath of Office

All U.S. judicial officers are required to take an oath or affirmation to support the Constitution.¹⁹⁰ An oath is similarly required of members of the Mexican Supreme Court of Justice.¹⁹¹

Jurisdiction

Federal courts in the United States have jurisdiction over the following categories of cases and controversies:¹⁹²

- Arising under the Constitution, federal laws, or treaties.
- Affecting ambassadors, public ministers and consuls.
- Arising under admiralty and maritime jurisdiction.
- In which U.S. the is a party.
- Between two or more states.
- Between a state and a citizen of another state.
- Between citizens of different states.
- Between citizens of the same state claiming lands under grants of different states.
- Between a state or citizens thereof and foreign states, citizens, or subjects.

The U.S. Supreme Court has exclusive jurisdiction over cases “affecting ambassadors, other public ministers and consuls,” and those in which a state sues another state.¹⁹³ Other cases are exclusively within the jurisdiction of the federal courts only when required by federal statute.

Federal court jurisdiction in Mexico has many similarities to U.S. federal court jurisdiction. As in the U.S., there are cases of exclusive

¹⁸⁹ Id., Article 110.

¹⁹⁰ Constitution of the United States of America, Article VI.

¹⁹¹ Political Constitution of the United Mexican States, Article 97.

¹⁹² Constitution of the United States of America, Article III, section 2.

¹⁹³ Id.

federal court jurisdiction, cases of exclusive state court jurisdiction, and cases of concurrent jurisdiction, and these categories bear some striking similarities.

In Mexico, federal courts have exclusive jurisdiction over:¹⁹⁴

- Claims of infringement on constitutional rights.
- Federal laws that abridge or encroach on state sovereignty.
- State laws that encroach on federal jurisdiction.

The following additional categories of cases fall within the competence of the Mexican federal courts:¹⁹⁵

- Arising under federal law or treaties.
- Pertaining to the law of the sea.
- In which the Federation is a party.
- Between a state and one or more residents of another state.
- Involving members of the diplomatic and consular service.
- Arising “by reason of jurisdiction between the Courts of the Federation, between the latter and State Courts ..., between a State Court and a Court from another State, or between a State Court.”¹⁹⁶

The Supreme Court of Justice has exclusive jurisdiction over the following cases:¹⁹⁷

- Constitutional controversies, except for electoral matters,¹⁹⁸ between a defined set of governmental parties.
- Specified actions of “unconstitutionality directed to establish a possible contradiction between a general legal provision and this Constitution.”¹⁹⁹
- Certain appeals issued by district courts in proceedings in which the federal government is a party “and which so merit it, in the light of their interest and transcendence.”²⁰⁰

¹⁹⁴ Political Constitution of the United Mexican States, Article 103

¹⁹⁵ Id., Articles 104, and 105.

¹⁹⁶ Id., Article 106

¹⁹⁷ Id., Article 105.

¹⁹⁸ Id., Article 46.

¹⁹⁹ Id., Article 105 II.

²⁰⁰ Id., Article 105 III.

Judicial Review

Scholars have suggested that the U.S. model of judicial review influenced the Mexican institution,²⁰¹ although the models of judicial review differ in fundamental ways. In one sense, the judicial review in Mexico is more expansive than in the United States; in Mexico, pursuant to a liberal reading of Article 14, federal courts have assumed competence over a wide range of state-law matters,²⁰² which has not occurred in the U.S. In another sense, the power of judicial review in the United States is far more robust given policies of *stare decisis*, which are expansive in the U.S. and far more limited in Mexico,²⁰³ coupled with the principle that judicial decisions in the U.S. are broadly applied and not limited to the actual parties as in Mexico.²⁰⁴

Intergovernmental Relations

Supremacy

Both the U.S. and Mexican Constitutions provide for the supremacy of federal law in provisions that are facially similar.

²⁰¹ “Judicial review likewise was transplanted. Although it failed to work as effectively as in the United States, the practice was incorporated into nearly all Latin American countries.” Billias, *supra* note 22 at 106. See also Eduardo Ferrer Mac-Gregor and Ruben Sanchez Gil, *Foreign Precedents in Mexican Constitutional Adjudication*, IV Mexican Law Review 293, 296 n. 9 (2012) (“It is widely accepted that the *juicio de amparo* rose from American judicial review”); Mirow, *supra* note 24 at 45 (“The United States origin of judicial review in Mexico had important ramifications for the doctrine’s continuation to the present day.... [There is] overwhelming evidence that Mexican judicial review is borrowed directly from United States law”).

²⁰² See Rosenn, *supra* note 62 at 26-27 (“Mexican federal courts routinely review state court decisions in which the only federal question is whether the state court correctly interpreted or applied state law.... The Supreme Court leaves the interpretation of the facts to the state courts, but every question of the meaning of state law can be converted into a federal constitutional question”).

²⁰³ See Jose Gamas Torruco, *Constitutional Litigation: Procedural Protections of Constitutionalism in the Americas...and Beyond*, 49 Duq. L. Rev. 293, 328-29 (2011); Manuel Gonzalez Oropeza, *Recent Problems and Developments on the Rule of Law in Mexico*, 40 Tex. Int’l L.J. 577, 583 (2005).

²⁰⁴ See Oropeza, *id.* at 583 (“[T]he relative effect of judicial resolutions to only the parties involved in the lawsuit limits the scope of the binding effects and creates unequal application of the law across the general population”).

The Constitution of the U.S. declares as follows:

This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.²⁰⁵

The Mexican Constitution similarly provides as follows:

This Constitution, the laws of the Congress of the Union that emanate therefrom, and all treaties that have been made and shall be made in accordance therewith by the President of the Republic, with the approval of the Senate, shall be the supreme law of the whole Union. The judges of each State shall conform to the said Constitution, the laws, and treaties, in spite of any contradictory provisions that may appear in the constitutions or laws of the States.²⁰⁶

Thus, the Constitutions of both Mexico and the United States expressly and resolutely acknowledge the supremacy of valid federal law over the law of the respective states. And it has been said that Mexico's supremacy provision was "directly modeled on the U.S. Supremacy Clause."²⁰⁷

Full Faith and Credit

Both the U.S. and the Mexican constitutions have similar provisions that stipulate the extent to which states must respect records established and judgments entered by other states. The U.S. Constitution

²⁰⁵ Constitution of the United States of America, Article VI.

²⁰⁶ Political Constitution of the United Mexican States, Article 133. In addition, Article 41 provides that "the individual constitutions of the States ... shall in no event contravene the stipulations of the Federal Pact."

²⁰⁷ Rosenn, supra note 62 at 23. See also Barker, supra note 16 at 904 ("Article 133 of the Constitution of Mexico establishes constitutional supremacy in language almost identical to that found in the Supremacy Clause of the United States Constitution"); Eduardo Mac-Gregor and Ruben Sanchez Gil, supra note 201 at 296 n. 9 (2012) ("the text of Article 133, for example, is practically identical to the text of Article VI of the American Constitution"); Flores, supra note 87 at 707.

contains a “full faith and credit” provision while the Mexican counterpart refers to “full faith and credence” but their texts and apparent meanings are similar.

The United States Constitution provides as follows:

Full Faith and Credit shall be given in each State to the public Acts, Records, and judicial Proceedings of every other State; And the Congress may by general Laws prescribe the Manner in which such Acts, Records and Proceedings shall be proved, and the Effect thereof.²⁰⁸

This Mexican Constitution’s provision for “full faith and credence” is similar:

Complete faith and credence shall be given in each State of the Federation to the public acts, registries, and judicial proceedings of all the others. The Congress of the Union, through general laws, shall prescribe the manner of proving such acts, registries, and proceedings [consistent with some specified principles].

This textual similarity implies that the U.S. document in some way influenced the language employed in the Mexican constitution.

Individual Rights and Liberties

Preliminary Remarks

This section compares individual rights and liberties in the U.S. and Mexican Constitutions. Numerous similarities exist, while of course there are important differences. A few general observations are made at the outset.

First, the Mexican Constitution of 1857 had a bill of rights of sorts,²⁰⁹ as does the 1917 Constitution, which is codified in Title I of the Constitution, entitled “Fundamental Rights. Here the Mexican Constitution compiles a list of rights, somewhat suggestive of the

²⁰⁸ Constitution of the United States of America, Article IV, section 1.

²⁰⁹ The Mexican Constitution of 1857 “contained a full bill of rights” modeled on that of the United States. Billias, *supra* note 22 at 120.

U.S. Bill of Rights²¹⁰ – although the Mexican Constitution articulates a greater panoply of rights than does the U.S. constitution – including a catalogue of political, social, and economic rights, as discussed above.²¹¹

Second, even when there are textual likenesses between the Mexican and U.S. constitutions, the implementation of stated rights varies between the respective systems. U.S. courts, consistent with their common law approach, have interpreted rights articulated in the Constitution expansively, while this has not always been the Mexican experience – as would be expected given its civil law tradition:

In interpreting constitutional protections of individual rights, the Mexican Supreme Court follows the general tradition of the Mexican judiciary in avoiding what is referred to in the United States as “judicial activism”, that is, judicial interpretations of general constitutional provisions, such as “due process” or “equal protection”, to mandate far-reaching decisions that establish rules of law. Interpretations of similarly vague provisions in the Mexican Constitution have not led to similarly aggressive judgments. The Mexican Supreme Court has held that, because individual rights emanate from the Constitution, a constitutional guarantee must not be interpreted in an absolute sense, but rather in keeping with the other provisions of the Constitution.²¹²

Third, the difference between the broad application of court decisions in the U.S. versus the application of Mexican Supreme Court decisions only to the parties before the court gives much greater breadth and applicability to U.S. court decisions interpreting rights and liberties.²¹³

Finally, a note about the prohibition of slavery: Although the 13th Amendment to the U.S. Constitution (“[n]either slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction”) appears similar to Article 5(2) of

²¹⁰ Constitution of the United States of America, Amendments I – X (1791).

²¹¹ See text accompanying notes 2-10, *supra*.

²¹² Zamora et al., *supra* note 1 at 236.

²¹³ See text accompanying note 204, *supra*.

the Mexican Constitution (“[n]o one can be compelled to render personal services without due remuneration and without his full consent, excepting labor imposed as a penalty by the judiciary”), Article 5(2) was borrowed directly from the Mexican Constitution of 1857, leaving speculation as to whether the 13th Amendment, ratified in 1865, may have been influenced by the Mexican Constitution.²¹⁴

Freedom of Expression of Ideas

Both the Mexican and the U.S. Constitutions contain robust protection for the expression of ideas. The U.S. Constitution boldly proclaims that “Congress shall make no law ... abridging the freedom of speech....”²¹⁵ The Mexican counterpart appears somewhat more limited in providing that “[t]he expression of ideas shall not be subject to any judicial or administrative investigation, unless it offends good morals, infringes the rights of others, incites to crime, or disturbs the public order.”²¹⁶ The Mexican Constitution further ensures that “[t]he freedom to write and publish on any subject is inviolable.”²¹⁷

Freedom of Assembly and Association

The U.S. and Mexican constitutions both guarantee the freedom of assembly and association.

The U.S. Constitution provides that “Congress shall make no law ... abridging ... the right of the people peaceably to assemble....”²¹⁸ A

²¹⁴ Political Constitution of the republic of Mexico of 1857, Section 1.

²¹⁵ Constitution of the United States of America, 1st Amendment (1791). This limitation was extended to the states in *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925).

²¹⁶ Political Constitution of the United Mexican States, Article 6. Article 6 “is interpreted to cover oral and visual freedom of expression, by conversations, speeches, conferences, debates, or any other kind of means of expression, such as artistic expression (including music, painting, sculpture, cinema, television, and radio) through other than written words.” Zamora et al., *supra* note 1 at 244 (footnote omitted).

²¹⁷ Political Constitution of the United Mexican States, Article 7. Article 7 is said to cover “freedom of expression in writing, including the writing or publication of books, newspapers, magazines, booklets, or any other kind of publication.” Zamora et al., *supra* note 1 at 244.

²¹⁸ Constitution of the United States of America, 1st Amendment (1791). This limitation was extended to the states in *De Jonge v. Orgeon*, 299 U.S. 353 (1937).

similar prohibition is found in the Mexican Constitution, which proclaims that “[t]he right to assemble or associate peaceably for any lawful purpose cannot be restricted.”²¹⁹

Right to Petition the Government

Both the U.S. and the Mexican constitutions provide a right to petition the government. The U.S. Constitution provides that Congress shall make no law respecting ... the right of the people ... to petition the Government for a redress of grievances.”²²⁰ The Mexican Constitution provides a similar right of petition and requires that “[e]very petition shall be replied to in writing by the official to whom it is addressed, and said official is bound to inform the petitioner of the decision taken within a brief period.”²²¹

Religious Rights

The U.S. and Mexican constitutions both provide for freedom of religion and prohibit the establishment of religion.

The U.S. Constitution provides that “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof.”²²² The first of these two provisions, known as the no-establishment clause, is the basis for the so-called separation of church and state. The second clause provides for religious freedom.

The Mexican Constitution likewise provides for freedom of religion: “Everyone is free to embrace the religion of his choice and to practice all ceremonies, devotions, or observances of his respective faith.”²²³ The Mexican Constitution further stipulates that religious

²¹⁹ Political Constitution of the United Mexican States, Article 9. Important constitutional limitations on the freedom of association have been identified. See Zamora et al., *supra* note 1 at 247.

²²⁰ Constitution of the United States of America, 1st Amendment (1791). This limitation was extended to the states in *Edwards v. South Carolina*, 372 U.S. 229 (1963).

²²¹ Political Constitution of the United Mexican States, Article 8.

²²² Constitution of the United States of America, 1st Amendment (1791). This limitation was extended to the states in *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940) (free exercise) and *Everson v. Bd. of Ed. of Ewing*, 330 U.S. 1 (1947) (no establishment).

²²³ Political Constitution of the United Mexican States, Article 24.

acts “may not constitute an offense punishable by law” and that “religious act[s] of public worship must be performed strictly inside places of public worship, which shall at all times be under governmental supervision.”²²⁴ The Mexican Constitution also has a no-establishment clause by proclaiming that “Congress cannot enact laws establishing or prohibiting any religion.”²²⁵

Right of Privacy of Persons, Home, and Effects

Both the U.S. and Mexican constitutions defend the integrity of a person, his home, and effects. The U.S. Constitution provides as follows:

The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.²²⁶

The Mexican Constitution similarly provides as follows:

No one shall be molested in his person, family, domicile, papers, or possessions except by virtue of a written order of the competent authority stating the legal grounds and justification for the action taken. No order of arrest or detention shall be issued against any person other than by the competent judicial authority, and unless same is preceded by a charge, accusation, or complaint for a credible party or by other evidence indicating the probable guilt of the accused; in cases of flagrante delicto, any person may arrest the offender and his accomplices, turning them over without delay to the nearest authorities. Only in urgent cases instituted by the public attorney without previous complaint or indictment and when there is no judicial authority available, may the administrative authorities, on their strictest accountability, order the detention of an accused person, turning him over immediately to the judicial authorities. Every search warrant, which can be issued only by judicial authority and which must be in writing, shall specify the place to be searched, the person or persons to be arrested, and the

²²⁴ Id.

²²⁵ Id. at Article 130 (58).

²²⁶ Constitution of the United States of America, 4th Amendment (1791).

objects sought, the proceedings to be limited thereto; at the conclusion of which a detailed statement shall be drawn up in the presence of two witnesses proposed by the occupant of the place.²²⁷

Through this provision, the Mexican Constitution spells out some of the specifics of the search and seizure requirements that have been developed in the United States through case law.

Due Process

The concept of due process in the U.S. Constitution is remarkably broad and encompasses a number of more specific procedural and substantive elements articulated in the Mexican Constitution.

The Constitution of the United States provides for due process in both the Fifth Amendment (applicable to the federal government) and the Fourteenth Amendment (applicable to the states). The Fifth Amendment requires that “[n]o person ... shall ... be deprived of life, liberty, or property, without due process of law.”²²⁸ The Fourteenth Amendment uses functionally equivalent language.²²⁹

Although the Mexican Constitution does not use the words “due process,” it contains numerous provisions throughout that similarly promote adherence to the rule of law. As in the U.S. Constitution, the Mexican Constitution provides that “[n]o person shall be deprived of life, liberty, property, possessions, or rights without a trial by a duly created court in which the essential formalities of procedure are observed and in accordance with laws issued prior to the act.”²³⁰ Due process principles also are embodied in a number of related provisions, most particularly Articles 14, 16, and 17.

The reach of Article 16 is particularly broad, and

prohibits any act of authority that is inconsistent with any law or ruling issued by a government agent or agency that is not in keeping with the appli-

²²⁷ Political Constitution of the United Mexican States, Article 16.

²²⁸ Constitution of the United States of America, 5th Amendment (1791).

²²⁹ Id. at 14th Amendment.

²³⁰ Political Constitution of the United Mexican States, Article 14.

cable law or regulations. That protection has been interpreted broadly by the Supreme Court, to apply not only to laws and regulations in force in Mexico, at any government level; it also protects persons against individual actions by public officials that constitute violations of laws or the Constitution.²³¹

Closely related to due process rights are prohibitions on *ex post facto* laws.²³² The Constitution of the United States provides that “[n]o ... *ex post facto* Law shall be passed.”²³³ The Mexican Constitution similarly provides that “[n]o law shall be given retroactive effect to the detriment of any person whatsoever.”²³⁴

Equal Protection

Both the Mexican and the U.S. constitutions provide for a form of equal protection – the general notion that similarly situated people should be treated in the same way. The Constitution of the United States simply states that no state shall “deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.”²³⁵ The Mexican Constitution’s counterpart more broadly and explicitly provides that:

[e]very form of discrimination motivated by ethnic or national origin, gender, age, incapacities, sexual preferences, status or any other discrimination that violates human dignity or seeks to annul or diminish the rights and liberties of the people, is prohibited.²³⁶

Rights in Criminal Context

Both the U.S. and the Mexican Constitutions contain a range of provisions designed to protect those accused of criminal activity. The U.S. Constitution, for instance, offers the following guarantees:

²³¹ Zamora et al., *supra* note 1 at 248.

²³² Also fundamental to due process are rights bestowed in the context of the criminal justice system. These are discussed separately in Part III.B.9., *infra*.

²³³ Constitution of the United States of America, Article I, section 9.

²³⁴ Political Constitution of the United Mexican States, Article 14.

²³⁵ Constitution of the United States of America, 14th Amendment (1868)

²³⁶ Political Constitution of the United Mexican States, Article 1.

- Prohibition against warrantless searches.²³⁷
- Presentment of cases before a grand jury.²³⁸
- Right to be informed of the nature and cause of the accusation.²³⁹
- Prohibition against double jeopardy.²⁴⁰
- Prohibition against compelled self-incrimination.²⁴¹
- Right to a speedy trial.²⁴²
- Right to a public trial.²⁴³
- Right to trial by jury in all felony cases.²⁴⁴
- Right to be confronted with witnesses against defendant.²⁴⁵
- Right to compulsory process for obtaining witnesses in defendant's favor.²⁴⁶
- Right to assistance of counsel,²⁴⁷ which has been interpreted to give right to counsel provided by the state for indigent defendants.²⁴⁸
- Right to be free from excessive bail.²⁴⁹
- Right to be free from excessive fines.²⁵⁰
- Right to be free from cruel and unusual punishments.²⁵¹

The Mexican Constitution provides for many of the same protections in the criminal process. For instance:²⁵²

²³⁷ Constitution of the United States of America, 4th Amendment (1791). See also Part III.B., *supra*.

²³⁸ Constitution of the United States of America, 5th Amendment (1791). At present, this right is applicable only in federal cases. See *Hurtado v. California*, 110 U.S. 516 (1884).

²³⁹ Constitution of the United States of America, 5th Amendment (1791).

²⁴⁰ *Id.*

²⁴¹ *Id.*

²⁴² *Id.*, 6th Amendment (1791).

²⁴³ *Id.*

²⁴⁴ *Id.*

²⁴⁵ *Id.*

²⁴⁶ *Id.*

²⁴⁷ *Id.*

²⁴⁸ *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963).

²⁴⁹ Constitution of the United States of America, 8th Amendment (1791).

²⁵⁰ *Id.*

²⁵¹ *Id.*

²⁵² The Mexican Constitution contains numerous additional protections for criminal defendants, including a provision that one may not be imprisoned for civil debts (Article

- Prohibition of warrantless searches.²⁵³
- Requirement of presentment before a “competent judicial authority.”²⁵⁴
- Right to be notified of “his accuser and the nature of and cause for the accusation.”²⁵⁵
- Prohibition of double jeopardy.²⁵⁶
- Right to be free from forced self-incrimination.²⁵⁷
- Right to public trial.²⁵⁸
- Right to trial by jury “for all offenses committed by means of the press against the public peace or against the domestic or foreign safety of the nation.”²⁵⁹
- Right to be “confronted with the witnesses against” the defendant.²⁶⁰
- Right to assistance in securing presence of witnesses in favor of defense.²⁶¹
- Right to counsel.²⁶²

17); that the federal and state governments establish institutions for the treatment of juvenile delinquents (Article 18); that within three days of detention there must be a formal order of commitment which states the nature and substance of the offense and the facts that support it (Article 19); that any ill-treatment during or arrest or confinement, or any treatment without justification are punishable by law (Article 19); that the defense shall be provided with all available information requested for the defense (Article 20); trial shall occur within four months or within one year if the maximum penalty is greater than two years’ imprisonment (Article 20); that imprisonment or detention may not be extended for failure to satisfy monetary obligations or other civil liability (Article 20); that detention may not exceed the maximum time set by law for the offense charged (Article 20); and that fines against day laborers and workmen may not exceed one week’s wages (Article 21). The Mexican Constitution also provides certain rights for the victim of crimes, including the right to counsel, to assist the prosecutor, to receive urgent medical and psychological care (Article 20).

²⁵³ Political Constitution of the United Mexican States, Article 16. See also Part III.B.6., *supra*.

²⁵⁴ *Id.*

²⁵⁵ *Id.*, Article 20 (III.).

²⁵⁶ *Id.*, Article 23 (“No person, whether acquitted or convicted, can be tried twice for the same offense”).

²⁵⁷ *Id.*, Article 20 (II.).

²⁵⁸ *Id.*, Article 20 (VI.).

²⁵⁹ *Id.*

²⁶⁰ *Id.*, Article 20 (IV.).

²⁶¹ *Id.*, Article 20 (V.).

²⁶² *Id.*

- Prohibition of excessive fines.²⁶³
- Prohibition of cruel and unusual punishments, specifically “[p]unishment by mutilation and infamy, branding, flogging, beating with sticks, torture of any kind, excessive fines, confiscation of property and any other unusual or extreme penalties.”²⁶⁴
- Right to be free on bail.²⁶⁵
- Right to be heard in own defense.²⁶⁶

Right to Compensation for Public Taking of Property

Both the Mexican and U.S. Constitutions provide that the owner of any private property taken for a public purpose must be duly compensated. The U.S. Constitution states “nor shall private property be taken for public use, without just compensation.”²⁶⁷ This power of eminent domain contains an implicit recognition of inherent sovereign power.²⁶⁸ The Mexican Constitution stipulates that appropriations can only occur to benefit the public, and provides for payment of compensation to the owner in Mexican pesos consistent with the tax value of the expropriated property; if there is a significant gap between the tax value and the market value of the property, the owner has a right to request a federal district judge to order compensation at fair market value.²⁶⁹

Right to Bear Arms

Both the Mexican Constitution and the U.S. Constitution provide individuals with the right to bear arms. The Constitution of the United States provides that “[a] well regulated Militia, being necessary to the

²⁶³ Id., Article 22.

²⁶⁴ Id.

²⁶⁵ Id., Article 20 (I.) (offering significantly more detail than the U.S. counterpart).

²⁶⁶ Id., Article 20 (IX.).

²⁶⁷ U.S. Constitution, Fifth Amendment (1791). This right was extended to apply to the states in *Chicago, B & Q.R. Co. v. Chicago*, 166 U.S. 226 (1897).

²⁶⁸ See, e.g., *Boom Co. v. Patterson*, 98 U.S. 403 (1879); *United States v. Carmack*, 329 U.S. 230 (1946).

²⁶⁹ Article 27 contains extensive rules regarding ownership and transferability of land and natural resources, a detailed discussion of which is beyond the scope of this paper.

security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed.”²⁷⁰ Not a model of textual clarity, it was only very recently that the Supreme Court of the United States affirmed that this provision provides an individual right to bear arms for self-defense rather than a right that is tied to the development of a militia.²⁷¹

The Mexican Constitution provides for a similar right with more specificity:

The inhabitants of the United Mexican States are entitled to have arms of any kind in their possession for their protection and legitimate defense, except such as are expressly forbidden by law, or which the nation may reserve for the exclusive use of the army, navy, or national guard; but they may not carry arms within inhabited places without complying with police regulations.²⁷²

Right to Refuse to Quarter Soldiers in Times of Peace

Both constitutions have similar provisions about the forced quartering of soldiers. The U.S. Constitution provides that “[n]o soldier shall, in time of peace be quartered in any house, without the consent of the owner, nor in time of war, but in a manner to be prescribed by law.”²⁷³ The Mexican Constitution similarly provides that “[n]o member of the Army shall in times of peace be quartered in a private house against the will of the owner nor impose any requirements. In times of war the military can demand lodging, baggage, food and other requirements in the terms set forth by the applicable martial law.”²⁷⁴

No Titles of Nobility

Both systems have constitutional prohibitions on titles of nobility. The Constitution of the United States provides that “[n]o Title of Nobility

²⁷⁰ Constitution of the United States of America, 2nd Amendment (1791).

²⁷¹ See *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008), extended to the states in *McDonald v. City of Chicago*, 561 U.S. 742 (2010).

²⁷² Political Constitution of the United Mexican States, Article 10.

²⁷³ U.S. Constitution, 3rd Amendment (1791).

²⁷⁴ Political Constitution of the United Mexican States, Article 16.

shall be granted by the United States.”²⁷⁵ It further provides that “no Person holding any Office of Profit or Trust under them, shall, without the Consent of the Congress, accept of any present, Emolument, Office, or Title, of any kind whatever, from any King, Prince or foreign State.”²⁷⁶ In a very similar fashion, the Mexican Constitution stipulates that “[n]o titles of nobility, or hereditary or prerogatives or honors shall be granted in the United Mexican States, nor shall any effect be given to those granted by other countries.”²⁷⁷

Amending the Constitution

The U.S. and Mexican provisions for amending the respective constitutions have some facial similarities – notably the indispensable role played by the states in the approval of amendments – but these provisions have been applied in vastly different ways.

The U.S. Constitution stipulates the following procedure for amending the Constitution:

The Congress, whenever two thirds of both houses shall deem it necessary, shall propose amendments to this Constitution, or, on the application of the legislatures of two thirds of the several states, shall call a convention for proposing amendments, which, in either case, shall be valid to all intents and purposes, as part of this Constitution, when ratified by the legislatures of three fourths of the several states, or by conventions in three fourths thereof, as the one or the other mode of ratification may be proposed by the Congress; provided that no amendment which may be made prior to the year one thousand eight hundred and eight shall in any manner affect the first and fourth clauses in the ninth section of the first article; and that no state, without its consent, shall be deprived of its equal suffrage in the Senate.²⁷⁸

The Mexican Constitution states as follows with respect to amendments to the Constitution:

²⁷⁵ Constitution of the United States of America, Article I, section 9.

²⁷⁶ *Id.*

²⁷⁷ Political Constitution of the United Mexican States, Article 12.

²⁷⁸ Constitution of the United States of America, Article V.

The present Constitution may be added to or amended. In order that the additions or amendments shall become a part thereof, it shall be required that the Congress of the Union, by a vote of two thirds of the individuals present, agree to the amendments or additions and that they be approved by a majority of the legislatures of the States. The Congress of the Union or the Permanent Committee, as the case may be, shall count the votes of the legislatures and shall announce those additions or amendments that have been approved.²⁷⁹

Unlike the situation in certain other countries, neither the Mexican nor the U.S. constitution (with one exception²⁸⁰) explicitly prohibits the amendment of specified provisions, but scholars in both countries have speculated that there may be certain rights that may not be eliminated through the amendment process.²⁸¹

It has been said – and appears consistent with the language of the respective amendment provisions – that Article 135 was “[i]nspired by the U.S. Constitution.”²⁸² Yet the U.S. and the Mexican experiences with respect to constitutional amendments have been vastly different. The Constitution of the United States, although in existence for more than 230 years, has been amended only 27 times (the first ten of which were ratified in a single package known as the Bill of Rights);²⁸³ the Mexican Constitution, now in its centennial year, has been amended more than 400 times.²⁸⁴

These divergent approaches can be explained by a number of factors.

First, it has been speculated that the powerful role of the U.S. common law courts makes formal constitutional amendments less necessary

²⁷⁹ Political Constitution of the United Mexican States, Article 135.

²⁸⁰ Article V of the U.S. Constitution provides that “no state, without its consent, shall be deprived of its equal suffrage in the Senate.”

²⁸¹ See, e.g., Jason Mazzone, *Unamendments*, 90 Iowa L. Rev. 1747 (2005); Hector Fix Zamudio and Salvador Valencia Carmona, *Derecho constitucional mexicano y comparado* 107-110 (4th ed. 2005).

²⁸² Jorge A. Vargas, *Political Constitution of 1917, Recent Amendments: Article 1*, Mexican Legal Dictionary P720-1.

²⁸³ Thousands of amendments have been proposed, but only 33 have been sent to the states for ratification. See Tarr, *supra* note 19 at 404.

²⁸⁴ See S. Lopez Ayllon and H. Fix Fierro, *Tan cerca tan lejos*, *El Estado de derecho en Mexico*, 97 Boletín Mexicano de derecho comparado (2000).

while in the Mexican civil law system there is a general reluctance toward the kind of “judicial activism” that has been common in the U.S.:

[T]he Mexican Constitution is seen as the fountainhead of all rights, duties, and procedures affecting society, and Mexican legal tradition has translated this concept into an expectation that the Constitution should be exhaustive. Mexican citizens do not possess rights, and the Mexican government lacks powers, unless those rights and powers are written into the Constitution. Until recently, Mexican courts have exercised a limited ability to interpret constitutional language to support new rights or powers, *i.e.*, they have been loath to “amend” the Constitution by interpretation. Consequently, the duty of constitutional reform falls to the Mexican Congress. In contrast, “the United States Supreme Court has effectively ‘amended’ the United States Constitution hundreds of times.”²⁸⁵

Second, the Mexican document in practice, as one that historically has endowed the President and his political party with broad powers,²⁸⁶ has promoted a system by which political platforms have been advanced and effectuated through constitutional amendments. As one scholar has explained:

Inserting a change in the Constitution as a result of an initiative advanced by the Executive has been well-recognized practice utilized in Mexico to send “messages” to the other federal powers, and to the States, without the Executive being perceived as being overly intrusive....²⁸⁷

The Constitution historically thus could be expected to change every 6 years or so to reflect the current President’s agenda and

²⁸⁵ Zamora et al., *supra* note 1 at 80 (citations omitted). See also James F. Smith, *supra* note 15 at 94-95; John R. Vile, *Constitutional Change in the United States: A Comparative Study of the Role of Constitutional Amendments, Judicial Interpretations, and Legislative and Executive Actions* 76 (1994).

²⁸⁶ See Part III.A.2.b., *supra*.

²⁸⁷ Jorge A. Vargas, *Mexico’s Legal Revolution: An Appraisal of its Recent Constitutional Changes, 1988 – 1995*, 25 Ga. J. Int’l & Comp. L. 497, 503 (1996). See also Oropeza, *supra* note 203 at 578 (“All previous constitutional amendments – even the most contested ones – [were] passed with an easy unanimous vote from all state legislatures”).

plan.²⁸⁸ As another scholar explained, the Constitution has been viewed as a

“programmatic” document that is used by Presidential candidates as a platform that they are committed to implement during their term. Consequently, the Constitution is amended quite regularly and with relative ease. Actual amendment to the Constitution is preceded by the publication of the President’s “National Development Plan” (Plan Nacional de Desarrollo), which constitutes the President’s public policy program and agenda.²⁸⁹

These more practical features of constitutional practice in the U.S. and Mexico may help to explain how very similar textual provisions for constitutional amendment in the respective documents have been exercised in vastly divergent ways.

CONCLUSIONS

As explored in this article, there is ample evidence to suggest that the U.S. Constitution did in fact have a significant influence on the development of the Mexican Constitution of 1917. This influence was perhaps most significant with respect to structural issues – in particular the system of federalism and a national presidential system of government based on separation of powers and checks and balances. Textual similarities indicate that the U.S. bill of rights and related protections had some influence on the Mexican experience, as well.

U.S. constitutional law continues to have an impact on Mexico, as in other countries – although the influence of the U.S. in constitutional development around the globe appears to be waning in recent years.²⁹⁰ In a 2012 article, Eduardo Ferrer Mac-Gregor and Ruben Sanchez Gil demonstrated that U.S. Supreme Court precedents – along with prec-

²⁸⁸ See Jorge Carpizo, *La Constitución Mexicana de 1917* 291 (1997).

²⁸⁹ Gilman, *supra* note 23 at 949 (footnotes omitted).

²⁹⁰ See David S. Law and Mila Versteeg, *The Declining Influence of the United States Constitution*, 87 NYU L. Rev. 762 (2012).

edents from other high national courts – continue to shape Mexican constitutional adjudication.²⁹¹

As a citizen and lifelong resident of the United States of America and an enormous admirer of Mexico, her culture, and her people, such a narrative carries great satisfaction. Mexico, simply put, has one of the best records in constitution making in the Americas.²⁹² Not only is the Mexican Constitution of 1917 the oldest in Latin America,²⁹³ it was truly visionary and has influenced other nations' constitutional models. It has been said, for instance, that the Mexican Constitution of 1917 “represented the most radical constitution of its kind on the globe at its time. Its revolutionary role was distinctive because of its heavy emphasis on the ‘social and economic rights’ of individual citizens.”²⁹⁴ The 1917 Constitution indeed is

recognized to this day as “the model of a radical but not Marxist, constitution.” It guaranteed an eight-hour workday, minimum wages, equal pay without regard to sex or nationality, and the right to strike. Many of these features were ahead of their time, and some appeared only a generation later in the United States under the New Deal. At the same time, however, many features of this hybrid constitution were derived from the U.S. Constitution.²⁹⁵

²⁹¹ See Mac-Gregor and Sanchez Gil, *supra* note 201 at 293. In fact, Mexican legislation at times also appears to be influenced by U.S. legislation. Jorge Vargas has said that many of the structural and procedural changes reflected in Mexico's 1995 judicial reform “follow the spirit that caused the United States Congress to alter the structure and functions of the United States Supreme Court in the early stages of its evolution.” Jorge A. Vargas, *The Rebirth of the Supreme Court of Mexico: An Appraisal of President Zedillo's Judicial Reform of 1995*, 11 *Am. U. Int'l. L. & Pol'y* 295, 298 (1996) (citations omitted), referring to the Judiciary Act of 1789, Ch. 20, 1 Stat. 73 (1789) and its subsequent amendments, especially in 1869, 1875, and 1887. See also Hector Fix Zamudio, *Setenta y Cinco Anos de Evolucion del Poder Judicial de Mexico*, in *Obra Juridica Mexicana* 651 (2d ed. 1787).

²⁹² Knowlton, *supra* note 32.

²⁹³ Oropeza, *supra* note 202 at 579.

²⁹⁴ Billias, *supra* note 22 at 270, quoting Thomas E. Skidmore and Peter H. Smith, *Modern Latin American* (3rd ed.) 1992) 231.

²⁹⁵ *Id.* at 270, quoting Robert Payne, *Mexican Constitution of 1917*, in *Constitutions that Made History*, Albert P. Blaustein and Jay A. Sigler 283 (1988) and citing *id.* at 285. See also N. Andrew and N. Clevén, *Some Social Aspects of the Mexican Constitution of 1917*, 4 *The Hispanic American Historical Review* 474, 476 (1921), calling the 1917 Constitution's right of land possession a “[r]evolutionary principle.”

And this, as early as 1921, just four years after its ratification:

[T]he breadth of mind and deep insight into present-day problems, as revealed by the various provisions of this document, are especially worthy of note. It embodies reforms which many students of modern social progress deem essential in any comprehensive scheme for social welfare. Various phases of social activity, usually left to the police powers of the nation, state, and municipality, are here deemed worthy of insertion into a national constitution. At least three national constitutions, framed and adopted since 1917, incorporate reforms of very similar nature: namely those of Germany (1919), of Peru (1919), and of Czechoslovakia (1920).²⁹⁶

In the nearly 100 years since, the 1917 document certainly influenced many other constitutional systems.

As we commemorate the 100th anniversary of the Constitution of Mexico of 1917, we celebrate the many and varied influences *on* that document as well as *its* deep and abiding contributions – to Mexican law and society and more broadly to global constitutionalism.



²⁹⁶ Andrew and Clevén, *id.* at 474.

LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917 Y SU PRESENCIA EN EL PERÚ

Domingo García Belaunde

ADVERTENCIA PREVIA

A diferencia de otros países de América, nuestra historia constitucional ha sido poco cultivada y se reduce a unos cuantos artículos en revistas culturales o especializadas y a referencias breves en libros de carácter general. Tampoco ha sido materia de interés el derecho comparado o, si se quiere, la comparación jurídica. Esto dicho a nivel general, pues existen algunos estudios sectoriales o por áreas, pero son pocos. Por ello, escribir sobre la influencia de la Constitución mexicana de 1917 en el Perú es sumamente difícil. No he encontrado un solo trabajo sobre el tema ni menos de que haya sido investigado, de ahí que me he tenido que limitar a determinadas fuentes (debates parlamentarios y algunos periódicos), testimonios de la época y manuales universitarios de circulación en aquellos años o poco después. En esta tarea me fue de gran utilidad la ayuda proporcionada por José Miguel Rojas Bernal, joven profesor universitario, pero ya con destacada trayectoria académica, así como el recuerdo de lo que alguna vez me comentaron mis maestros, ya fallecidos.

Derivado de lo anterior, más que de “influencia” —que la veo discutible y, en todo caso, vaga y muy diluida— prefiero el concepto de “presencia”, pues ésta existió sin lugar a dudas. Es bueno deslindar entre “presencia” e “influencia”. Esta última ha sido mínima; sin em-

bargo, su presencia ha sido evidente: estaba ahí, se sabía que existía, se conocía su texto. Si bien para efectos prácticos a la Constitución de Querétaro se le ve —en aquella época— como muy vinculada a la Revolución mexicana —memorable, por cierto—, pero que nació y se desarrolló al impulso de fuerzas e intereses que no eran necesariamente los que existían en el Perú en aquel entonces o, en todo caso, no los que interesaban en forma prevalente.¹

Por tanto, lo que aquí se presenta no es exhaustivo; además, sus conclusiones son provisionales, limitadas a la década del veinte del siglo pasado, que es donde más se sintió su presencia.

PRELIMINARES

La Constitución mexicana sancionada en 1917, la cual se encuentra en vigor hasta ahora —con más de seiscientas modificaciones— y cercana al siglo de existencia, no sólo es una de las más antiguas de nuestra América —con excepción de la argentina de 1853-1860—, sino quizá la más paradigmática por lo que ella representa.

Es por demás conocido que el siglo XX propiamente dicho se inicia en 1918 o quizá en 1914, cuando estalla lo que se conoció entonces como la “Gran Guerra” y que dio el puntillazo final al estilo de vida social y política calificada como *belle époque*. Se acostumbra decir en forma casi pacífica que, precisamente, a propósito de esta guerra es que aparece el “constitucionalismo social”, el cual en parte ya estaba anunciado desde mediados del siglo XIX, concomitantemente con lo que se denominó la “cuestión social”. Esto es, mientras que las Constituciones clásicas de fines del siglo XVIII y, sobre todo, del siglo XIX se esmeraban en destacar y precisar los aspectos de organización, y en materia dogmática lo relativo a los derechos clásicos provenientes de los postulados de la Revolución francesa, el siglo XX lo hizo con los problemas sociales, como eran los relacionados a la salud, el bienestar, la protección laboral, las jornadas máximas de trabajo, las limitaciones y

¹ El problema agrario que atravesó los varios años que duró el movimiento iniciado por Madero en 1911 apareció mucho después en el Perú; más importante fue, si se quiere, el problema del indio, que dio lugar a un amplio movimiento indigenista en el derecho y en la cultura en general, pero a partir de 1920.

responsabilidades de la propiedad, la educación, entre otros. Todo esto queda reflejado en tres instrumentos emblemáticos: la Constitución de Querétaro de 1917 (por haber sido discutida y aprobada en esa ciudad), la Constitución de la naciente República Socialista Federativa Soviética Rusa de 1918 (que alcanzó sólo a la Rusia central) y la Constitución alemana de 1919 (sancionada y puesta en vigor en la ciudad de Weimar).

Estas tres tuvieron una extraña vida. La mexicana ha tenido una duración de casi un siglo o próximo a cumplirlo, pero a costa de haber cambiado el 80% de su articulado y muchas veces de su contenido. La alemana sucumbió con la llegada de Hitler al poder en 1933, aunque formalmente duró hasta 1949 sólo en el papel. Por su parte, la soviética implantó una dictadura comunista con una ideología que no tuvieron las dos anteriores, que en continuidad ascendente fue reemplazada en 1924, a la cual siguió la que sería emblemática del proceso sancionada en 1936, de la mano de Stalin, quien fue un típico dictador de maneras rudas y mal fondo, como se demostró décadas más tarde en 1956 cuando desde el mismo Kremlin y a través del secretario general del Partido Comunista, Nikita S. Kruschov, fue denunciado en forma pública por todas las tropelías y crímenes por él cometidos. De estas tres, por razones cronológicas, la primera es la mexicana, a la cual se califica —y no sin razón— como la primera Constitución el mundo de contenido social, que a la larga ha tenido mejor vida y quizá una mayor justificación como tal y con una impresionante capacidad de adaptación. Las otras dos ya desaparecieron.

Este dato o primacía señalada es algo que es indiscutible. Pero veamos en forma sucinta cómo surgió y cuáles fueron sus ideas motores. Lo primero es que la Revolución mexicana, en cierto sentido, se inicia en 1910 con motivo de la reelección de Porfirio Díaz, quien estuvo en el poder, directamente o por interpósita persona, por más de 35 años. Díaz cometió el desliz o tuvo un mal cálculo, y anunció su retiro de la arena política. Esto se lo tomó en serio Francisco I. Madero, que es el que da inicio a este periodo y quien llega a la presidencia, después de lograr un exilio pacífico de Porfirio Díaz en 1911. Es importante, sin embargo, señalar que todo este movimiento surge básicamente con un criterio político: la no reelección y elecciones libres. Se mantuvo así durante mucho tiempo. Posteriormente, se añadió el problema de

la tierra y su concentración en un mínimo de personas y empresas, que hizo estallar el problema agrario que, quizá, es lo que caracterizó el movimiento en los años sucesivos. Lo que siguió luego fue una guerra civil de todos contra todos, que en cierto sentido acaba con el asesinato, debidamente planeado, de Doroteo Arango, más conocido como “Pancho Villa”, en 1923. No obstante, las convulsiones políticas duraron algo más.

Ahora bien, quien convoca la constituyente en 1916 y pone el punto final a la nueva carta en febrero de 1917 es Venustiano Carranza, personaje discutido y discutible que terminaría siendo asesinado en 1920. La nueva Constitución trae no sólo un fuerte tono nacionalista, sino también cosas nuevas en materia social y de distinto alcance: limita la libertad de enseñanza; prohíbe la propiedad de tierras a extranjeros dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras —que será imitado por el Perú, entre otros países—; señala que el Estado es propietario del subsuelo —que otras Constituciones, entre ellas la del Perú, confirman, pero que viene de la legislación colonial española—; establece la rectoría del Estado en el desarrollo nacional, es decir, un Estado intervencionista; el Estado pasa a ser propietario de tierras, aguas y recursos naturales (que pasará a la Constitución peruana y otras latinoamericanas; sin embargo, esto se ha flexibilizado en las últimas décadas con diversas figuras, como la copropiedad, el arrendamiento o las concesiones); se confirma al Estado como una Federación —si bien viene esto de atrás—; se establece una separación férrea entre Iglesia y Estado, convirtiéndose en Estado laico con tendencia al enfrentamiento y al anticlericalismo, tal y como lo demuestra el fenómeno conocido como de “los cristeros”; se determina la prohibición de monopolios, entre otros temas.

En términos genéricos, se trata de una Constitución protectora de la población vulnerable, un Estado fuerte y además intervencionista, con tendencia a la laicidad y a las nacionalizaciones, principalmente, de los recursos naturales, todo lo cual se acentúa durante las décadas en que México estuvo regido por un solo partido: el PRI (esto desde 1929).

Ahora bien, esto es a grandes razgos lo que presenta u ofrece la Constitución mexicana de 1917 y lo que significó en su época. Cabe preguntarse, en forma adicional, si esto influyó en el resto de América Latina o no y en qué términos. Adelanto la hipótesis de que su influen-

cia fue pequeña e indirecta, ya que, respetando sus avances sociales, cada país en el fondo se orientó por sus propios intereses o demandas. Esto se ve claramente en el desarrollo constitucional del Perú.

EL CONSTITUCIONALISMO PERUANO EN EL SIGLO XX

En forma parecida a lo sucedido en otros países de nuestro entorno, el Perú ha tenido varias Constituciones en su devenir histórico. Para sólo referirnos al siglo XX, hemos tenido cuatro: 1920, 1933, 1979 y 1993, esta última la que actualmente está en vigor. ¿Cómo se desarrollaron?

Cuando el siglo XX se inicia, lo hace en el tramo final de lo que en Europa se conocía como la *belle époque* y que aquí el historiador Jorge Basadre calificó como “república aristocrática”, que según él termina en 1919. Pues bien, en esos años hubo diversos movimientos de carácter social, como fueron la fundación de la Asociación Pro-Indígena en 1908; la huelga de sindicatos obreros generalizada (1905 en adelante); las luchas por la jornada de las ocho horas, que se formaliza en 1918; la reforma universitaria en 1918 alentada por el célebre movimiento de Córdoba y apoyada con las visitas de Gabriel del Mazo y Alfredo L. Palacios a Lima, la cual finalmente se impone en el medio peruano en 1919; los ecos de la Revolución mexicana, agrandados por la presencia en ella de un gran poeta de enorme prestigio en ese entonces, José Santos Chocano, quien —entre otros cargos— fungió como secretario de Pancho Villa, y, por cierto, la Revolución rusa, que fue, como reza el título del famoso libro de John Reed, *Los diez días que estremecieron al mundo*. Del resto, o sea, del fin de la Gran Guerra, del reparto del mundo efectuado por los aliados en París en 1919, lo del derrumbe de los imperios centrales, se sabía únicamente lo que decían los cables de entonces.

El texto de la Constitución mexicana fue conocido, pero no existen comentarios de ella y de la época;² sin embargo, sí se conocen comentarios de algunas Constituciones europeas publicados en revistas

² Como excepción está el artículo de Alberto Arca Parró, intitulado “Tendencias constitucionales en la América Latina”, *Mercurio Peruano*, núm. 65, noviembre de 1923.

contemporáneas (de países nuevos, como Austria y Checoslovaquia, fruto del desmembramiento del Imperio austro-húngaro). De hecho, las Constituciones nuevas fueron conocidas poco después. Así, por ejemplo, en el conocido libro de Boris Mirkine-Guetzévitch, intitulado *Les Constitutions de l'Europe nouvelle*,³ figuran todas ellas; pero al ser traducidas al castellano con el nombre de *Las nuevas Constituciones del mundo*⁴ se agregan dos Constituciones en calidad de apéndices: la del Uruguay de 1917, seguramente por su modelo colegiado, y la de México del mismo año.

Ahora bien, esta primera Constitución peruana de 1920 ¿qué influencias tuvo? El acreditado historiador Jorge Basadre dice que en ella influyó “desteñidamente la Constitución mexicana de 1917”,⁵ en lo cual acierta. Además, este historiador agrega que en ella tuvo influencia la Constitución alemana de 1919, más conocida como Constitución de Weimar, criterio bastante generalizado, pero esto no ha sido comprobado. Más bien, un estudioso de la cultura alemana y de su influencia en el derecho peruano sostiene todo lo contrario, pues la casi coetaneidad de ambas hacía imposible la influencia de la alemana en la peruana, y porque, asimismo, los textos de la alemana se conocerían sólo a partir de 1920 —primero en francés y luego en castellano—, y los trabajos sobre ella por estudiosos extranjeros serán a partir de la década de 1920.⁶ Por cierto, nada existe sobre la influencia soviética a nivel constitucional, pese a la vasta divulgación que sobre la Revolución rusa hicieron algunos teóricos de la época, en especial José Carlos Mariátegui y Víctor Raúl Haya de la Torre, y las posteriores crónicas de César Vallejo en 1931, pero con otro enfoque (si bien los dos primeros divulgaron también el fenómeno mexicano, mas desde una óptica política).

Podemos, pues, decir que la influencia mexicana se da en la Constitución peruana de 1920 en forma discreta, ya que el modelo y el contexto mexicano son muy distintos al peruano. Esto lo veremos con más calma.

³ París, Delagrave, 1928.

⁴ 2a. ed., Madrid, Editorial España, 1931.

⁵ *Historia de la república del Perú*, Lima, Ediciones El Comercio, 2005, t. 14, p. 40.

⁶ Estuardo Núñez, *La influencia alemana en el derecho peruano*, Lima, Lib. e Imp. Gil, 1937.

Después de la Constitución de 1920, que contiene valiosos rescates de orden social, pero que sirvió para una larga dictadura reeleccionista, es que se aprueba la Constitución de 1933, la cual curiosamente tiene larga vida. En ella lo que se hace es recoger los aspectos sociales de la de 1920, prohibir tajantemente la reelección presidencial y crear como cosa nueva el Senado Funcional, de acuerdo a las tendencias corporativas de la época, aunque nunca llegó a instalarse. En estos debates estuvieron presentes algunas de las Constituciones de posguerra, sobre todo la española de 1931, fruto de la Segunda República. No hay, pues, presencia directa mexicana, salvo la que viene tomada de la carta de 1920.

La Constitución de 1979 marca una nueva etapa del constitucionalismo peruano. Así como la de 1920 representó la incorporación al mundo constitucional de la problemática social, aquélla lo fue, principalmente, en el campo de los derechos humanos, las nuevas instituciones políticas y la apertura al campo internacional, con cierto eclecticismo en la parte económica, en un apartado amplio, muy concesivo y que no existió en anteriores Constituciones. Estuvo presente el constitucionalismo de posguerra que, en realidad, es una nueva navegación del mundo constitucional, al cual algunos en ánimo festivo y, por cierto, nada riguroso califican como “neoconstitucionalismo”, que por sus años ha dejado de ser “neo”.

La Constitución de 1993 representa o recoge como eco los vientos liberales que iniciaron los gobiernos de Thatcher y de Reagan emparentados con el llamado “Consenso de Washington”. En el fondo es una precisión de orden liberal, adelgazando en esta parte lo que venía de atrás en materia social, y con algunas precisiones importantes, aunque con ciertos tonos autoritarios propios del momento. Siendo como el anterior fruto de un golpe de Estado y del talante vertical de Fujimori, se quiso cambiarla en todo, y en parte cuando cayó éste, pero no se ha podido, salvo en pequeños aspectos, por falta de voluntad política.

Lo anterior nos lleva a la conclusión de que la influencia mexicana en el constitucionalismo peruano sólo pudo darse en la Constitución peruana de 1920, si bien en forma bastante limitada.

LA ELABORACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE 1920

Como lo he señalado, la Constitución de 1920 es fruto de un movimiento golpista que se da en 1919, bajo el pretexto de garantizar la pureza de las elecciones. El gobernante depuesto estaba en los días finales de su periodo presidencial, así que no hubo, en general, demasiadas protestas contra este hecho, sino por el contrario, existió expectativa, y como de costumbre, una de las modalidades para justificar lo sucedido era reformar la Constitución de 1860, vigente en ese entonces. Para ello se rodearon de gente de muy alto nivel, empezando por el presidente de la Asamblea Nacional, que en este caso fue Mariano H. Cornejo, político de vieja data y además prominente académico, quien fue autor de una *Sociología general* publicada en España en 1908, y que luego de ser manual en muchas de nuestras universidades del continente fue traducida al francés. Otro miembro de la Asamblea Nacional y presidente de la Comisión de Constitución fue Javier Prado, político, financista con ribetes de mecenas y académico ilustre que había sido rector de la Universidad de San Marcos. En la exposición de motivos de la reforma propuesta —que terminó cambiando íntegramente el texto constitucional— se señala que sus fuentes han sido la tradición constitucional del país; además, el resultado del plebiscito realizado semanas atrás, en donde se privilegiaron diecinueve puntos claves de la reforma, y cita solamente las Constituciones de los Estados Unidos, Argentina y Brasil.⁷ En los debates se nota igual tesitura, si bien con algunas excepciones. Así, en el *Diario de los debates de la Asamblea Nacional de 1919*,⁸ las intervenciones de Prado van en esa misma línea, y entre otros puntos señala:

...la reforma de nuestra Constitución... y en ella ha ampliado considerablemente las garantías nacionales e individuales y ha consagrado muy importantes derechos sociales, pero sin espíritu autárquico y disociador... a la barbarie siniestra de las luchas de clases, opone la bandera paternal de la armonía, la solidaridad y de la cooperación social.⁹

⁷ *Proyecto de reforma de la Constitución del Perú presentado por la Comisión de Constitución*, Lima, Imp. La Opinión Nacional, 1919.

⁸ Lima, Imp. Torres Aguirre, 1922, vols. I y II.

⁹ *Ibidem*, vol. I, pp. 482 y 483.

Otro de los miembros de la Asamblea y que sería hombre importante del régimen, Pedro José Rada y Gamio, hace referencias a México, pero muy al pasar y sin vinculación directa al aspecto social.¹⁰

Sin embargo, al instalarse la Asamblea Nacional, su presidente Mariano H. Cornejo el 24 de septiembre de 1919, y casi en calidad de recomendación, decía expresamente: “La ignorancia y la malicia han pretendido oponer el derecho de huelga al arbitraje obligatorio, que es su protección. En la moderna constitución mexicana constan ambos principios, inseparables porque se completan e integran”.¹¹

En los medios se recogen algunas referencias, en especial en el diario *El Comercio*, que inserta el discurso del presidente Leguía al referirse a la nueva Constitución, la cual describe en términos generales y más bien centrados en la necesidad de su cambio, pues la anterior, según decía, era anticuada y estaba desfasada.¹²

De ello se desprende que, sin lugar a dudas, la Constitución mexicana de 1917 era conocida, aunque su influencia fue mínima, alcanzando algunos tópicos, como los de la propiedad del subsuelo y la no propiedad para extranjeros dentro de los cincuenta kilómetros de la frontera (que aparecen en los artículos 39 y 42 de la Constitución de 1920).

POSICIÓN DE LA DOCTRINA

Los manuales que se publicaron durante la década de los veinte son muy pocos. Un notable profesor de la época, Manuel Vicente Villarán, hace referencia a los aspectos sociales de la nueva carta, pero no realiza mención alguna a México —si bien es cierto que se trató de una exposición básicamente para alumnos—.¹³ Toribio Alayza Paz-Soldán elaboró dos manuales importantes: el primero vinculado a la Constitución de 1920,¹⁴ que toca los aspectos sociales, mas no hace referencia

¹⁰ *Ibidem*, vol. I, pp. 713 y 714.

¹¹ A. Belaunde y J. Bromley, *La Asamblea Nacional de 1919. Historia de la Asamblea y galería de sus miembros*, Lima, 1920.

¹² *El Comercio*, 19 de enero de 1920.

¹³ *Programa detallado de derecho constitucional. Segunda parte. Derecho constitucional peruano*, Lima, Lib. e Imp. Gil, 1920.

¹⁴ *Derecho constitucional general y del Perú*, Lima, Emp. Edit. Cervantes, 1928.

alguna a la Constitución mexicana. Años después, Toribio Alayza será también importante comentarista de la posterior Constitución peruana de 1933.

Lizardo Alzamora Silva, durante años profesor de la materia en la Universidad de San Marcos, realiza una referencia tangencial a la influencia de la Constitución mexicana.¹⁵

Interesante es el caso de Graham H. Stuart, profesor de la Universidad de Stanford, quien pasó unos meses en Lima a mediados de la década de los veinte, haciendo investigaciones en la Universidad de San Marcos, en donde tuvo acceso a fuentes y a personalidades del medio que habían vivido ese momento político y constitucional, del que salió un importante libro.¹⁶

José Pareja Paz-Soldán, en sus *Comentarios a la Constitución nacional*,¹⁷ si bien referida a la carta de 1933, comenta entre los antecedentes la influencia que en 1920 tuvo, entre otras, la Constitución mexicana de 1917,¹⁸ y remite al artículo de Alberto Arca Parró ya mencionado.

ALGUNAS AMISTADES CON PERSONALIDADES MEXICANAS

Existen varias personalidades mexicanas con las que se tuvo contacto, entre las que mencionamos, de manera especial, a José Vasconcelos, importante pensador que estuvo cerca de los tumultuosos años de la Revolución mexicana e intervino posteriormente, de manera activa, en la política y en actividades académicas vinculadas con la Universidad Nacional Autónoma de México, a la que dotó del escudo y lema que hasta ahora se usa (“Por mi raza hablará el espíritu”). Vasconcelos tuvo amistad con intelectuales peruanos que más adelante serían figuras importantes en la vida política y cultural del país, como es el caso de Luis

¹⁵ *Programa razonado de derecho constitucional del Perú. Historia constitucional del Perú*, Lima, Lib. e Imp. Gil, 1944.

¹⁶ Graham H. Stuart, *The Governmental System of Peru*, Washington, Carnegie Institution, 1925. Si bien Stuart presenta un panorama histórico y de análisis, no deja de mencionar la influencia de la Constitución de México. *Ibidem*, p. 26.

¹⁷ Lima, s.e., 1939.

¹⁸ *Ibidem*, p. 12.

Fernán Cisneros, Víctor Andrés Belaunde y José de la Riva Agüero. Al morir éste y ha pedido de Belaunde, Vasconcelos escribió un hermoso ensayo no recogido en sus *Obras completas* y que empieza así:

En un período extraño de mi vida, suerte de sonambulismo, cargado de amarguras y alegrías en contraste violento, tuve la fortuna de encontrarme con José de la Riva-Agüero y Osma. Corría el año de mil novecientos diez y seis, en la vieja Lima de los virreyes, todavía sin modernizar. En el aire, brumas que hacen muelle: voluptuoso el ambiente; en los rostros luz y sonrisa. Y mucha juventud en las almas, pese al marco antiguo de la ciudad. Entre todos, ya desde entonces, sobresalía Riva Agüero...

En la parte final, Vasconcelos agregaba: "...la Academia Mexicana de la Lengua, rinde homenaje al colega que ya es entre nosotros una memoria esclarecida; para mí, el recuerdo de un consuelo que me dio la vida, cuando me era más necesario".¹⁹

Esto también lo podemos decir de Víctor Andrés Belaunde, que lo reencontró y fue su invitado especial en las fiestas del centenario de México en 1921, tal como lo cuenta en sus memorias.²⁰

De la generación posterior destaca la presencia en México de Víctor Raúl Haya de la Torre, quien deportado del Perú, radicó en ese país en 1923 y fue secretario personal de Vasconcelos. Haya de la Torre señala que en un acto llevado a cabo el 7 de mayo de 1924 en el local de la Federación de Estudiantes de México se fundó el APRA, o sea, la Alianza Popular Revolucionaria Americana, que tanta importancia tuvo a nivel latinoamericano, y en especial en el Perú a nivel político, donde quedó formalizada su fundación en 1930 y que existe hasta ahora (partido político que, curiosamente, ha sobrevivido a su fundador fallecido en 1979).

En el plano humano y aventurero debemos mencionar al gran poeta José Santos Chocano, quien participó activamente en la Revolución mexicana, a la cual se adhirió desde la época de Madero,

¹⁹ José Vasconcelos, "Homenaje a Riva-Agüero", *Mercurio Peruano*, año XIX, vol. XXV, núm. 213, diciembre de 1944.

²⁰ Víctor Andrés Belaunde, *Trayectoria y destino. Memorias completas*, Lima, Ediventas, 1967, 2 vols.

llegando al extremo de que en marzo de 1916, siendo secretario de Pancho Villa, fue apresado y Carranza ordenó su fusilamiento, lo que no se concretó.²¹

EL “AMPARO AGRARIO” EN 1974

Como se sabe, el amparo como instrumento protector de la Constitución nace en México a mediados del siglo XIX, en concreto en la Constitución yucateca de 1841, que luego se extiende a nivel federal, consagrado en la Constitución de 1857 y, por cierto, en la vigente de 1917. La institución como tal tuvo influencia en América Latina, empezando por los países centroamericanos a fines del siglo XIX y luego iniciada ya la década de 1920 en algunas provincias argentinas, desde donde su despegue fue lento y con diversas modalidades. Lo cierto del caso es que el amparo mexicano en cuanto elemento omnicompreensivo, o sea, como instrumento único de protección, no tuvo ninguna influencia como totalidad, sino sólo parcialmente. Esto se debe, en parte, a la presencia del habeas corpus desde 1830 en Centroamérica y casi en paralelo en el Imperio del Brasil. En el caso del Perú, lo que hubo desde un inicio fue habeas corpus, pero deformado con respecto a sus alcances y con una amplitud desmedida, y así durante mucho tiempo.

El problema de la tierra, que no sólo era agudo, sino que era uno de los pilares de la Revolución mexicana, aparece en el Perú a mediados de 1950 y se vuelve una necesidad política una década más tarde. Iniciado formalmente el proceso de reforma agraria en 1964, se radicaliza con la llegada de los militares al poder (1968-1980), quienes para garantizar un rápido cumplimiento de la reforma agraria crean un fuero agrario especial (jueces agrarios en todo el país y un Tribunal Agrario en Lima) al margen del Poder Judicial e independiente de éste, que sólo trataría problemas de aplicación de la legislación agraria, principalmente de las expropiaciones que se hacían. El asunto es que como siempre sucede en un gobierno militar que actúa sin frenos, no sólo expropiaron lo expropiable, sino lo que no podía hacerse; es decir, empezaron a suceder

²¹ Chocano murió en 1934 bajo condiciones trágicas en la ciudad de Santiago de Chile; su mejor biografía es la de Luis Alberto Sánchez, *Aladino o vida y obra de José Santos Chocano*, México, Lib. Mex Editores, 1960.

los abusos y cada vez en mayor escala, lo cual ocasionó la aparición de focos de resistencia a nivel campesino y de pequeños propietarios.

Frente a esto y consciente de los excesos cometidos —expropiación de parceleros pequeños o áreas muy reducidas o fundos que cumplían los requisitos de ley— se creó en 1974 por ley expresa el “recurso de amparo”, que era una demanda directa en instancia única presentada ante el Tribunal Agrario —y no ante los jueces agrarios—, en la cual el peticionario solicitaba la derogación del decreto supremo expropiatorio expedido por el sector agricultura del gobierno, alegando que no se encontraba en los supuestos para que dicha propiedad agraria sea expropiable; esto es, era un recurso de amparo a favor de los propietarios y en contra del Estado. Lamentablemente, debido a que dicho dispositivo legal fue fruto de un gobierno militar —el Congreso estaba cerrado—, no se tienen antecedentes que expliquen cómo se llegó a ello; pero por información personal que me proporcionó Guillermo Figallo Adrianzén —jurista asesor del gobierno militar de entonces, maestro universitario experto en materias agrarias y que presidió durante años el Tribunal Agrario—, este modelo se tomó del “amparo mexicano” en la vertiente surgida de la reforma de 1963.²²

Este dispositivo fue útil y evitó algunos desmanes. Pero cuando vino el debate constituyente posterior en 1978-1979 se optó por la versión platense o argentina del amparo, que fue incorporada en la Constitución de 1979, al lado del habeas corpus, como defensa procesal de los derechos fundamentales distintos al de la libertad individual. Es decir, el habeas corpus quedó limitado a la defensa de la libertad ambulatoria, y el amparo, por su parte, a los demás derechos. Hasta ahora así ha quedado.

INVOLABILIDAD DE LA CONSTITUCIÓN

El artículo 136 de la Constitución mexicana en su versión original y no reformado señala lo siguiente:

²² Domingo García Belaunde, “Amparo mexicano y habeas corpus peruano”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XIII, núm. 39, septiembre-diciembre de 1980.

Esta Constitución no perderá su 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 recupere 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 hubieren figurado en el gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieran cooperado a ésta.

Este artículo pasó, con ligeras variantes, a la Constitución de Venezuela de 1961 en su artículo 250, pero con un agregado que no estaba antes y que es el siguiente:

El Congreso podrá decretar, mediante acuerdo aprobado por la mayoría absoluta de sus miembros, la incautación de todo o de parte de los bienes de esas mismas personas y de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo de la usurpación, para resarcir a la República de los perjuicios que se le hayan causado.

Esta versión —originada en el texto mexicano de 1917 y completada por el venezolano de 1961— se incorporó a la Constitución peruana de 1979 en su artículo 307, si bien con algunos ajustes.²³ La influencia mexicana se dio de forma indirecta, pues lo que se tuvo a la mano en los debates fue la Constitución venezolana.

Este artículo no se ha reiterado en la vigente Constitución de 1993 y jamás fue aplicado. A nivel jurisdiccional se intentaron algunos procesos constitucionales ante el Tribunal Constitucional, reinstalado democráticamente en 2001, para “derogar” la Constitución de 1993 y restablecer la de 1979, invocándose, precisamente, el artículo 307 mencionado. El Tribunal Constitucional no acogió las demandas y endosó dicha responsabilidad al Poder Legislativo, que al final se desentendió del problema.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

La importancia de la Revolución mexicana en la historia de nuestra América es indudable, así como los frutos —no todos— que de ella

²³ Así lo ha destacado Alberto Borea Odría en su *Manual de la Constitución. Para qué sirve y cómo defenderte*, Lima, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, 2016.

derivaron. Uno de ellos es la Constitución sancionada en Querétaro en 1917 y que sin lugar a dudas, contando alzas y bajas, ha sido beneficiosa para el país. Pero su influencia en sentido estricto se ha notado poco, y de ello hemos querido dejar constancia en lo referente al Perú.



LA INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE QUERÉTARO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL COSTARRICENSE

Rubén Hernández Valle*

NOTA INTRODUCTORIA

La Constitución de Querétaro de 1917 constituyó un fenómeno de gran trascendencia en el ámbito del derecho constitucional latinoamericano. Es innegable su influencia sobre los ordenamientos constitucionales de nuestro continente a partir de 1917. Todos ellos, poco a poco, fueron incorporando algunas de las nuevas instituciones reconocidas en su texto hasta desembocar en un fenómeno jurídico que se extiende a todas las Constituciones vigentes.

Costa Rica no fue ajena a este fenómeno como veremos más adelante. En realidad, las reformas de corte social y económico introducidas en nuestro ordenamiento constitucional a inicios de la década de los años cuarenta del siglo pasado y en la Constitución vigente de 1949, encuentran su matriz constitucional en la Constitución de Querétaro, aunque su fundamento ideológico haya sido la doctrina social de la Iglesia.

Sin embargo, para entender la importancia que ha tenido en nuestro ordenamiento constitucional la Constitución de Querétaro es necesario analizar, en primer término, el concepto de Estado de derecho y su posterior evolución hacia el Estado social constitucional de derecho,

* Profesor de Derecho constitucional y electoral. Costa Rica.

para luego entrar al análisis de las principales innovaciones que introdujo la Constitución de Querétaro en materia económica y social, para desembocar, finalmente, en el análisis concreto de la influencia que esa Constitución ha tenido en nuestro ordenamiento constitucional a partir de 1943.

EL ESTADO DE DERECHO

Concepto

La concepción del Estado de derecho, derivada del alemán *Rechtsstaat*, conocido en Francia como *principe de légalité*, en Inglaterra como *rule of law*, en Estados Unidos como *due process of law*, en Italia como *Stato di Diritto*, y en general, en los países de habla hispana como “Estado de derecho”, es un concepto en permanente evolución según las diversas formas de entender las relaciones entre el individuo y el Estado.

En términos generales, el Estado de derecho consiste en la sujeción de los órganos estatales al ordenamiento jurídico, el reconocimiento y vigencia real de los derechos fundamentales de los administrados y la existencia de mecanismos jurisdiccionales para controlar la constitucionalidad y legalidad de la actividad estatal, tanto legislativa como administrativa.

Origen

Su origen se remonta hasta el apogeo del liberalismo, y sus fuentes filosóficas primarias nos conducen hasta Kant y Humboldt. Ambos autores concordaron en que la acción estatal encuentra un límite infranqueable en la salvaguardia de la libertad de los ciudadanos.

Desde el punto de vista jurídico, el primer jurista que introduce el concepto fue el alemán Robert von Mohl en su obra *Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg*, que fue publicada en 1829. Su finalidad, según este autor, era buscar la racionalización del ejercicio del poder.¹

¹ Ernst Wolfgang Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000, p. 19.

La elaboración del concepto de Estado de derecho surgió como una respuesta al absolutismo, el cual, como es sabido, se caracterizaba por la ausencia de libertades ciudadanas, la concentración del poder en manos del monarca y la irresponsabilidad total de los órganos estatales.

Según la doctrina alemana, el Estado de derecho se articula por medio de dos principios fundamentales: el principio de repartición o distribución (*Verteilungsprinzip*), mediante el cual la esfera de libertad del individuo se supone como un dato anterior al Estado, quedando la libertad del individuo ilimitada en principio (*prinzipiell begrenzt*). El segundo es el principio de organización (*Organisationsprinzip*) que sirve de completo al primero en el sentido de que hace posible su actuación práctica. De acuerdo con este principio, el poder estatal —limitado en principio— se divide y se encierra en un sistema de competencias circunscritas. El principio de la repartición encuentra su expresión en una serie de derechos individuales, mientras el principio de organización está contenido en la doctrina de la división de poderes.² En otros términos, el Estado de derecho significa que las relaciones entre los particulares y las que se generan entre éstos y el Estado, están todas disciplinadas por el propio ordenamiento jurídico. Dicho concepto indica, por lo tanto, que a los particulares se les atribuye toda una esfera de derechos privados y públicos, que el Estado reconoce y garantiza, asegurando su tutela.³

Los postulados del Estado de derecho

Para caracterizar al Estado de derecho, es necesario referirse a sus cinco modernos postulados: a) el principio de la división de poderes, como medio para evitar su concentración en las manos de pocos detentadores; b) la sujeción del Poder Público al ordenamiento jurídico (principio de legalidad); c) la existencia de un control autónomo de legalidad (jurisdicción contencioso-administrativa); d) el reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos, y e) el control de constitucionalidad de los actos estatales.

² Véase Karl Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlín, C. H. Beck, 1957, pp. 126 y 127.

³ Ernst Forsthoff, “La Repubblica Federale tedesca come Stato di Diritto e Stato Sociale”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milán, Giuffrè, 1956, pp. 547-616.

La finalidad de tales mecanismos de protección es crear una esfera inviolable de las personas frente al poder estatal, a la cual sólo puede ingresarse válidamente por autorización constitucional expresa, además de que sus mecanismos de regulación están sujetos a una reserva legal expresa. Verbigracia, las limitaciones a la libertad de domicilio, el secreto de las comunicaciones, etcétera.

El principio de la división de poderes

El principio de la separación de poderes constituye uno de los postulados fundamentales del Estado moderno, y constituye la traducción al plano jurídico del problema básico planteado a toda organización humana de la división del trabajo, en el sentido de que los diferentes órganos estatales tienen que cumplir determinadas tareas con ciertos grados de independencia, pero, al mismo tiempo, de coordinación entre ellos.

El citado principio, en su formulación clásica a partir de Montesquieu, tuvo un contenido político importante: servir como garante de la libertad de los ciudadanos frente a los detentadores del poder. Por ello, el sustrato ideológico del principio de la separación de poderes lo constituye la preservación de la libertad de los administrados.

Desde el ángulo constitucional, evitar la concentración de poder en uno o pocos órganos, se expresa como la necesidad de distribuir y controlar el ejercicio del poder político entre varios detentadores. Por tanto, lo que usual aunque erróneamente se suele denominar “separación de poderes” estatales, es en realidad la distribución de determinadas funciones públicas entre diferentes órganos del Estado. El concepto de “poderes”, pese a lo profundamente enraizado que es encuentra en la literatura iuspublicista, debe ser entendido de una manera figurativa.

Hoy día, el principio de la división de poderes sirve como medio organizativo, ya sea en favor de los individuos o de los grupos sociales intermedios, para evitar los excesos de los partidos mayoritarios que ejercitan transitoriamente el poder. Este es su valor político, lo cual, desde luego, también tiene implicaciones sobre el plano estrictamente jurídico. Por ello, con justa razón, se afirma que el principio de la separación de poderes se ha transformado en la teoría de la distinción y

colaboración de poderes, dado que es necesaria una coordinación entre los varios órganos estatales, de manera tal que su actividad se desarrolle en armonía con una dirección política unitaria y, segundo, que aunque permaneciendo cada poder, en principio, dentro de la órbita de la sola función que institucionalmente le corresponde, resulta oportuna la derogatoria de tal principio, con el fin de asignarle también la consecución de otras funciones típicas de otro poder.

El principio de legalidad

El segundo postulado del Estado de derecho lo constituye el principio de legalidad.

En términos generales, el principio de legalidad significa que cualquier conducta administrativa debe estar, expresa o implícitamente autorizada por el ordenamiento jurídico, en términos tales que lo no autorizado está prohibido.

El principio de legalidad tiene como contrapartida el principio de libertad jurídica que preside la actuación de los particulares. Este principio, a la inversa del de legalidad, significa que los particulares pueden realizar todas aquellas conductas que no estén expresa o implícitamente prohibidas por el ordenamiento jurídico, en términos tales que lo no prohibido está autorizado.

En el Estado de derecho, el principio de legalidad postula una forma especial de vinculación de las autoridades e instituciones públicas al ordenamiento jurídico, a partir de su definición básica según la cual toda autoridad o institución pública lo es y solamente puede actuar en la medida en que se encuentre apoderada para hacerlo por el mismo ordenamiento, y normalmente a texto expreso, pues para las autoridades e instituciones públicas sólo está permitido lo que esté constitucional y legalmente autorizado en forma expresa, y todo lo que no les esté autorizado les está vedado.

La finalidad del principio de legalidad en un Estado de derecho es la protección de los derechos fundamentales de los administrados, evitando, de ese modo, la arbitrariedad de las autoridades públicas. En consecuencia y en virtud de este principio, la actividad de las autoridades públicas se encuentra sometida al derecho. De ahí que esa conducta

deba estar necesariamente autorizada de manera previa y no contrariar las disposiciones del mismo ordenamiento.

La existencia de un control autónomo
de legalidad

El tercer postulado del Estado de derecho es la existencia de un control autónomo de legalidad de la actividad administrativa del Estado.

Hoy día es pacífica la tesis de que el control de legalidad de la conducta administrativa surgió con la Revolución francesa, sobre todo con la creación del Consejo de Estado por parte de Napoleón.

El control de legalidad de la conducta administrativa es propia del moderno Estado de derecho, pues durante la vigencia del Estado absoluto, de acuerdo con el criterio de soberanía imperante en esa época, no se concebía que el príncipe o monarca se autoimpusiera una ley o norma que no pudiese infringir, por lo que, cuando dictaba un acto en contra de una disposición anterior, quedaba ésta sin efecto, sin que fuera posible hablar de derechos preexistentes o adquiridos. De ahí que no pudiese existir una jurisdicción que garantizara la legalidad de la actuación del rey, porque siempre actuaba lícitamente. Recordemos la expresión acuñada en este sentido por los ingleses: *King can never do wrong*. Con ello se excluía no sólo el control de legalidad de los actos del monarca, sino también la responsabilidad estatal por conducta lícita o ilícita.

La existencia de un control autónomo de legalidad desemboca, en última instancia, no sólo en la eliminación de las conductas ilegales de la administración pública, sino también en la posibilidad concreta de exigirle responsabilidad al Estado, tanto por conducta ilícita como lícita.

El reconocimiento de los derechos fundamentales de los ciudadanos

En todo Estado de derecho se reconoce y garantiza el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Tales derechos se pueden reagrupar en varias categorías: en primer lugar, están los derechos subjetivos privados, que son aquellos que pertenecen al individuo en tanto ser humano, independientemente de su calidad de

sujeto del ordenamiento estatal y que protegen aquellos intereses que surgen en las relaciones privadas. Entre ellos se pueden citar, a manera de ejemplo, el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, los derechos sobre las cosas del mundo externo (derecho a la propiedad y otros derechos reales), los derechos de familia, etcétera.

A tales derechos, se contraponen los derechos subjetivos públicos, que competen a un sujeto cuando interviene en algún tipo de relación con el Estado como tal, es decir, como investido de su potestad de imperio.

En la esfera de actividad a que se refiere esta clase de derechos, el particular puede ejercitarlos dentro de los límites establecidos por el propio ordenamiento jurídico. Por tanto, la injerencia de los órganos estatales en la esfera de los particulares no puede rebasar los confines expresamente consentidos por el mismo ordenamiento.

En esto consiste precisamente el llamado derecho de libertad civil, que es la manifestación más sobresaliente del Estado de derecho, y representa la proyección sobre el terreno del derecho público de la garantía concedida a la autonomía del particular en tanto que ser humano; es el derecho subjetivo público del individuo frente al Estado de mantener la inviolabilidad, dentro los límites fijados por el ordenamiento, de su propia esfera jurídica privada.

Aunque el derecho de libertad civil es sustancialmente uno solo, existen múltiples manifestaciones del mismo, que encuentran específicamente consagración en todas las Constituciones bajo el nombre de Declaración de Derechos.

Sus manifestaciones más importantes del derecho de libertad civil son: a) la libertad personal; b) la libertad de manifestación del pensamiento; c) la libertad de confianza; d) la libertad de reunión y de asociación y e) las libertades patrimoniales.

Una segunda categoría de derechos subjetivos está integrada por los derechos cívicos. Estos derechos son reconocidos al individuo como miembro de la colectividad organizada, y tienen de contenido una pretensión suya al disfrute de aquellos bienes (cosas y servicios) que el Estado ha decidido poner a disposición de sus miembros; se trata, en suma, de los derechos a obtener del Estado determinadas prestaciones. Verbigracia, el derecho de acción que otorga acceso a los órganos ju-

diciales, el derecho a usufructuar servicios públicos, el derecho al uso normal de los bienes demaniales, etcétera.

Una tercera categoría está integrada por los derechos políticos, que tienen como contenido la pretensión del ciudadano de participación activamente en la vida del Estado. El primero y fundamental es el derecho al voto. Luego tenemos el derecho a ser elegido y el ocupar cargos públicos.

Modernamente, se incluyen también los denominados derechos de tercera y cuarta generación, es decir, los derechos de orden cultural, económico y ambiental entre otros.

La coronación del Estado de derecho

Modernamente se considera que el quinto postulado del Estado de derecho lo constituye la existencia del control de constitucionalidad, sobre todo a partir de la creación de tribunales especializados en la materia.

Indudablemente, la aparición de los tribunales constitucionales después de la Segunda Guerra Mundial en Europa, fenómeno luego extendido a numerosos otros países de los cinco continentes, ha permitido que la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos se haya ensanchado considerablemente y se garantice, al mismo tiempo, que los actos del poder público se enmarquen dentro de los parámetros de legalidad superior establecidos en el ordenamiento constitucional. Este fenómeno se ha fortalecido con la aparición de los tribunales internacionales sobre derechos humanos en las últimas décadas.

Indudablemente, la jurisdicción constitucional cumple un papel fundamental en el moderno Estado de derecho. En primer lugar, crea orden en el terreno de las cuestiones jurídico-constitucionales, en las que sólo puede crear un orden auténtico una jurisdicción independiente del más alto linaje. En segundo término, fortalece, asimismo, las bases de nuestra existencia política, lo que nos permite a los administrados vivir la experiencia cotidiana de un Estado de derecho y de la dignidad garantizada de ciudadanos libres y, finalmente, lucha por el imperio de los derechos y de los bienes al tomar como motivación expresa las decisiones de los más altos valores de la tierra.

El objeto de la jurisdicción constitucional consiste en garantizar la supremacía de las normas y principios de la Constitución, especialmente, de las libertades y derechos humanos en ella consagrados, y hacerlos exigibles en sí mismas con rango preferente sobre todas las demás. En esta difícil tarea es indispensable, al confrontar el texto de la norma cuestionada con la Constitución, extraer el sentido lógico o espíritu de la norma constitucional, en aquellos casos en que el texto gramatical poco aporta, muchas veces por la necesaria generalidad que la correcta técnica legislativa aplica al redactar las normas constitucionales; de otra forma, la Constitución, lejos de reflejar los valores morales y el modelo ideológico para los habitantes del país, se convertiría en un texto muerto, muy limitado, y de poca actualidad. Para extraer ese sentido lógico de la norma hay que situarse pues en ese contexto, es decir, dentro de un sistema democrático constitucional con valores morales y particulares reflejados en las normas y costumbres de la sociedad civil, e interpretar junto con los principios constitucionales, cuál es la solución más justa para un determinado caso.

Por ello se ha afirmado, con justa razón, que “los tribunales constitucionales han venido a coronar el edificio del Estado de derecho”.⁴

EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

Antecedentes

Es evidente que las características del Estado de derecho han contribuido notablemente a articular el sistema constitucional moderno. Inicialmente predominó el constitucionalismo de corte liberal, a partir del cual las Constituciones reconocían exclusivamente derechos y libertades individuales, con sus corolarios de los derechos de asociación, petición, sufragio y libertad de conciencia.

El constitucionalismo social irrumpe en el escenario jurídico con la promulgación de las Constituciones de Querétaro en 1917 y de Weimar en 1919.

Mientras la primera tuvo gran influencia en América Latina, la segunda fue emulada en varios Estados europeos.

⁴ Franco Pierandrei, *La Corte Costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1962, p. 884.

La explicación del diferente ámbito de influencia de ambas Constituciones tiene una explicación lógica: las tesis sociales de Weimar tuvieron eco en las sociedades industriales porque permitían hacer frente a las presiones obreras que se inspiraban en la revolución soviética de 1917, en cambio “las tesis mexicanas fueron más atractivas para quienes tenían que paliar la inquietud de sociedades rurales”.⁵

Contenido

Ambas Constituciones —la de Querétaro y la de Weimar— introdujeron nuevos elementos hasta ese momento desconocidos en el constitucionalismo. En efecto, las características fundamentales del constitucionalismo social que inauguraron y que todavía se mantienen vigentes y en plena evolución, fue el reconocimiento de los derechos a la organización profesional, a la huelga, a la contratación colectiva, al acceso a la riqueza, y de principios de equidad en las relaciones jurídicas y económicas. En el caso de la Constitución de Querétaro, habría que agregar toda la gama de acciones agrarias y la consiguiente limitación del tradicional derecho a la propiedad de corte liberal.

A partir de tales preceptos constitucionales, nacieron instituciones como la seguridad social, los tribunales especializados en materia laboral, el salario mínimo, el descanso semanal, las vacaciones anuales, los límites de la jornada laboral. Asimismo, aparecieron los primeros derechos prestacionales, en virtud de los cuales el Estado se hizo cargo de financiar y prestar servicios en el ámbito educativo, salud y vivienda, entre otros.

Desde luego, ambas Constituciones establecieron normas que sirvieron de fundamento a la intervención del Estado en el campo económico.

Como dice un autor costarricense

El Estado social significa, en cambio, un aumento en beneficio de la igualdad, más que de la propiedad y de la libertad. Su finalidad es repartir y utilizar al máximo los recursos de la comunidad en provecho del que más necesita. Se trata de una intervención en la vida económica para favorecer a

⁵ Diego Valadés, *Problemas constitucionales del Estado moderno*, México, UNAM, 2002, p. 20.

determinadas personas, clases o grupos con el fin de elevar el nivel de vida de los más necesitados en el goce de la propiedad, aunque jurídica y supuestamente tengan tanta libertad como el rico. Las técnicas del Estado social están en los servicios públicos, en las prestaciones de socorro a ciertos grupos o de fomento de ciertas actividades y, sobre todo, en las políticas económicas del Estado, sobre precios, moneda, crédito y hacienda pública (básicamente tributaria). A la inversa de lo que ocurre con las técnicas del Estado de derecho que representan una prohibición al Estado y una abstención de éste frente al individuo y a la sociedad, los modos de operar del Estado social implican una prohibición al individuo o una prestación y participación estatales, que crean y distribuyen riqueza. La agravación del régimen impositivo, la maniobra crediticia para evitar la inflación o la recesión económica, la intervención de precios, el aumento de los servicios públicos, etcétera, o de las prestaciones pecuniarias del Estado a favor del individuo, representan una acentuación desde su carácter social.⁶

El constitucionalismo social vino a complementar el Estado de derecho, dado que las sociedades de esa época exigían mayor intervención de parte del Estado en todas las actividades de la vida de la comunidad, especialmente en los campos económico y social.

El problema de entonces, desde el punto de vista jurídico, era combinar armónicamente la libertad y la seguridad de los individuos. En esa ecuación se sintetizó el dilema de la coexistencia del Estado de derecho y del constitucionalismo social o Estado intervencionista.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, el problema estribó en integrar la libertad en el campo económico y social para lograr la igualdad efectiva y no sólo formal de los ciudadanos. En otros términos, si el Estado de derecho constituía la coronación de la democracia formal y legalista, el constitucionalismo social, por su parte, trató de que la sociedad conociera una democracia real y operativa. El principio de igualdad formal ante la ley cedió ante la concepción de la igualdad como concepto traducible en realidades concretas de carácter económico y social.

El Estado constitucional, a partir de entonces, interviene activamente en los campos económico y social, tratando de que la riqueza se

⁶ Eduardo Ortiz, “Estado social de derecho”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José, Lehmann, núm. 29, 1976, p. 57.

distribuya de manera más equitativa y de que toda la población tenga acceso y participación de esa riqueza.

En virtud de lo anterior, las Constituciones a partir de la promulgación de las Constituciones de Querétaro y de Weimar, dejaron de ser simples documentos garantizadores de las libertades individuales para convertirse en instrumentos jurídicos ágiles que permiten una acción más eficaz del Estado en los campos económico y social, con el objeto de lograr la plena realización del sistema democrático no sólo como forma de Estado, sino fundamentalmente como forma de vida.

Por lo anterior, el Estado, a partir de la aprobación de las citadas Constituciones, dejó de contentarse con una acción negativa dirigida a salvaguardar exclusivamente las libertades individuales mediante la limitación de sus propios poderes, como era la esencia del Estado de derecho de corte liberal. El Estado pasó a tomar una acción positiva, dedicándose a la reforma de la sociedad y al logro del bien común. No más pasividad, sino interés creativo del Estado.

Dentro de este orden de ideas, los nuevos derechos de orden económico y social limitaron e inclusive, en algunos casos, hicieron nugatorios algunos derechos individuales tradicionales, lo que se manifestó especialmente en el ámbito de las libertades económicas y del derecho a la propiedad.

Análogamente, la igualdad abstracta de todos frente a la ley fue cediendo terreno a una discriminación entre los distintos sujetos para asegurar una igualdad real. La ley, como norma general, no siempre constituye el instrumento más idóneo para tales medidas. Por ello, la administración ha recibido nuevas funciones y poderes discrecionales de planificación y de decisión necesariamente amplios, y que tenían parangón con los que disponían los gobiernos al amparo del Estado de derecho de corte burgués y liberal.⁷

LA CONSTITUCIÓN DE QUERÉTARO

La Constitución de Querétaro se convirtió en el referente obligatorio para los restantes países latinoamericanos, en relación con tres aspectos

⁷ Enzo Cheli, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1957, pp. 238-257.

socioeconómicos de gran importancia: 1) el derecho a la propiedad; 2) los derechos laborales y 3) la prohibición de monopolios y el reconocimiento de los derechos de los consumidores y usuarios.

Justamente en estos tres aspectos concretos centraré mi análisis acerca de la influencia que la Constitución de Querétaro ha tenido sobre el derecho constitucional costarricense a partir de su promulgación.

El derecho a la propiedad

El artículo 27 de la Constitución de Querétaro constituyó una novedad en su momento, pues vino a regular el derecho a la propiedad de una manera que ninguna otra Constitución lo había hecho hasta entonces.

El texto tiene un contenido complejo y multiforme, por lo que conviene analizar las principales innovaciones introducidas.

La propiedad pública o institucional

En el primer párrafo, la norma en examen declara, de manera tajante, que “La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada”.

Esta disposición es novedosa en cuanto considera que la totalidad del territorio mexicano es propiedad exclusiva del Estado, con lo cual rompe con el concepto tradicional de que la propiedad privada es un derecho originario e inalienable. En la nueva concepción simplemente se autoriza al Estado a transmitir su dominio a los particulares, los cuales a partir de este acto estatal de transmisión del dominio, adquieren un derecho a la propiedad sobre determinados bienes. Es decir, el derecho a la propiedad surge como consecuencia de un acto estatal, mediante el cual se traslada el dominio a los particulares sobre determinados bienes inmuebles.

Sin embargo, a renglón seguido, establece que la propiedad privada “no podrá ser expropiada sino por causa de utilidad pública y mediante indemnización”. Con ello, por otra parte, se refuerza el derecho a la

propiedad privada de quienes han sido autorizados por el Estado para ejercer el dominio sobre determinados bienes inmuebles.

También se le atribuye a la nación “el dominio directo 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”. Verbigracia, los metales y metaloides utilizados en la industria; los yacimientos de piedras preciosas; los yacimientos de sal de gema y las salinas formadas directamente por las aguas marinas; los productos susceptibles de ser utilizados como fertilizantes, los combustibles minerales sólidos; el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos y gaseosos.

Asimismo, son también propiedad de la nación las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fija el derecho internacional; las de las lagunas y esteros de las playas; las de los lagos interiores de formación natural, que estén ligados directamente a corrientes constantes, etcétera.

La norma considera que el dominio de la nación sobre tales bienes es inalienable e imprescriptible, y su explotación sólo podrá realizarse mediante concesiones otorgadas por el Gobierno federal a los particulares o sociedades civiles o mercantiles constituidas conforme a las leyes mexicanas, con la condición de que establezcan trabajos regulares para la explotación de los elementos de que se trata, y se cumplan con los requisitos que establezcan las leyes.

Aquí la novedad reside en que las concesiones para la explotación de los bienes inalienables están restringidas a sólo los ciudadanos y sociedades mexicanas.

Los alcances del derecho a la propiedad privada

Como indicamos anteriormente, el derecho a la propiedad privada ya no se concibe como originario ni inalienable, sino más bien como una concesión estatal. Sin embargo, una vez reconocido ese derecho sobre determinados territorios, la norma constitucional en examen le otorga algunas garantías importantes.

Dentro de este orden de ideas, un autor mexicano ha dicho que “el autor de la Constitución sustentó un nuevo concepto de derecho de

propiedad, por más que conservó como garantía individual a favor del particular una especie de propiedad precaria y derivada”.⁸

En primer lugar, establece la garantía de que sólo puede ser expropiada por causas de utilidad pública y mediante indemnización. Las leyes de la Federación y de los Estados, en sus respectivas jurisdicciones, determinan los casos en que sea de utilidad pública la ocupación de la propiedad privada, y de acuerdo con esas leyes la autoridad administrativa hace la declaración correspondiente.

En segundo lugar, la norma establece reglas precisas sobre la forma de fijar la indemnización por expropiación. Para ello, la autoridad expropiante se debe basar en la cantidad que como valor fiscal haya sido manifestado por el propietario o simplemente aceptado por él de un modo tácito, por haber pagado sus contribuciones con esta base, aumentándolo con un diez por ciento. El exceso de valor que haya tenido la propiedad particular por las mejoras que se le hubieren hecho con posterioridad a la fecha de la asignación del valor fiscal, será lo único que deberá quedar sujeto a juicio pericial, y a resolución judicial.

Este sistema es muy ágil, y permite que el Estado tome posesión casi inmediata de un bien cuando es expropiado por haber sido declarado de utilidad pública.

Un tercer elemento novedoso y revolucionario para la época fue la creación del patrimonio familiar. En efecto, la norma constitucional en examen dispone que “Las leyes locales organizarán el patrimonio de familia, determinando los bienes que deben constituirlo, sobre la base de que será inalienable, no estará sujeto a embargo ni a gravamen alguno”.

El artículo 123 de la misma Constitución explicita más este concepto, al indicar que “Las leyes determinarán los bienes que constituyan el patrimonio de la familia, bienes que serán inalienables, no podrán sujetarse a gravámenes reales ni embargos, y serán transmisibles a título de herencia con simplificación de las formalidades de los juicios sucesorios”.

De ahí que otro autor mexicano haya dicho, con justa razón, que de la redacción del artículo 27 de la Constitución de Querétaro surge

⁸ Felipe Tena Ramírez, *Derecho constitucional mexicano*, 21a. ed, México, Porrúa, 1985, p. 188.

un régimen triangular de la propiedad en razón del sujeto a quien se atribuye o imputa la cosa: propiedad privada, propiedad pública y propiedad social.⁹

Las limitaciones a la propiedad privada

En primer término, “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 el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, para hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y para cuidar su conservación”.

Esta norma le otorga amplios poderes al Estado para restringir la propiedad privada. Verbigracia, la eliminación de los latifundios, el desarrollo de la pequeña propiedad, creación de nuevos centros de población agrícola, etcétera.

Sólo los mexicanos por nacimiento o naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones, o para obtener concesiones de explotación de minas, aguas o combustibles minerales en el territorio mexicano.

Las asociaciones religiosas y las iglesias no tienen, en ningún caso, capacidad para adquirir, poseer o administrar bienes raíces. Asimismo, las sociedades comerciales por acciones no pueden poseer o administrar fincas rústicas. Si su giro de actividad es la industria, la explotación minera o petrolera sólo pueden poseer o administrar aquellas propiedades que fueren necesarias para los establecimientos o servicios de su giro empresarial.

En cada Estado y territorio se fijará la extensión máxima de tierra de que puede ser dueño un solo individuo o sociedad legalmente constituida.

Los derechos laborales

El segundo gran aporte de la Constitución de Querétaro al constitucionalismo latinoamericano fue el reconocimiento de los derechos laborales.

⁹ Jorge Madrazo, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, UNAM, 1985, p. 73.

El artículo 123 comienza por establecer una norma programática, mediante la cual se obliga al Congreso de la Unión y de los Estados a expedir leyes sobre el trabajo, fundadas en las necesidades de cada región a favor de los obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, sin contravenir los principios fijados en esa misma norma.

Derechos individuales

Entre los derechos individuales, se establece que la jornada máxima de trabajo diurno es de ocho horas. La jornada máxima nocturna se fijó en siete horas. Sin embargo, durante esta jornada, se prohibieron las labores insalubres o peligrosas para las mujeres en general y para los jóvenes menores de dieciséis años. Tanto a las mujeres como a los menores se les prohibió el trabajo industrial nocturno, y el comercial se prohibió a los menores después de las 10 p. m. La jornada ordinaria de los menores mayores de doce años y menores de dieciséis no podía exceder las seis horas.

Por cada seis días de trabajo, los operarios tenían derecho a un día de descanso. A las mujeres, durante los tres meses anteriores al parto, no se les permitía desempeñar trabajos físicos que exigieran esfuerzo material considerable, y en el mes siguiente al parto lo disfrutaría forzosamente de descanso, debiendo percibir el salario íntegro y conservar el empleo y los derechos adquiridos al amparo de su contrato. En el periodo de lactancia tenían derecho a dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para amamantar a sus hijos.

El salario mínimo se fijaría tomando en cuenta las condiciones de cada región para satisfacer las necesidades normales de la vida del obrero, su educación y sus placeres honestos, considerándolo como jefe de familia. En toda empresa agrícola, comercial, fabril o minera, los trabajadores tenían derecho a una participación en las utilidades, la cual sería fijada por comisiones especiales que se formarían en cada municipio, subordinadas a la Junta Central de Conciliación que existirá en cada Estado.

Se consagró el principio de que para trabajo igual deberá corresponder salario igual, sin tomar en cuenta ni el sexo ni la nacionalidad. El salario mínimo estaba exceptuado de embargo, compensación o

descuento. El salario debía pagarse en efectivo. Las horas extraordinarias tenían que pagarse doble. El trabajo extra no podía exceder las tres horas diarias.

Los despidos sin causa justa daban lugar al pago del auxilio de cesantía. Igual tratamiento se daba cuando el despido obedeciera al hecho de que el trabajador hubiera ingresado a un sindicato o asociación o hubiera participado en una huelga lícita. En este caso, el monto de la indemnización era de tres meses de salario.

Todas las cláusulas que contenga un contrato de trabajo que sean contrarias a los principios antes indicados, se consideraban absolutamente nulas y se tendrían por no puestas. Es decir, todas las estipulaciones que impliquen renuncia de algún derecho consagrado a favor del obrero en las leyes de protección y auxilio de los trabajadores.

Derechos colectivos

Tanto los obreros como los empresarios tienen derecho para coaligarse en defensa de sus respectivos intereses, formando sindicatos, asociaciones profesionales, etcétera.

Las leyes reconocerán como un derecho de los obreros y de los patronos, las huelgas y los paros. Las huelgas se considerarán lícitas cuando tengan por objeto conseguir el equilibrio entre los diversos factores de la producción, armonizando los derechos del trabajo con los del capital. En los servicios públicos será obligatorio para los trabajadores dar aviso, con diez días de anticipación, a la Junta de Conciliación y Arbitraje, de la fecha fijada para suspensión del trabajo.

Las huelgas serán consideradas ilegales únicamente cuando la mayoría de los huelguistas ejerciere actos violentos contra las personas o las propiedades. Los paros, a su vez, serán lícitos únicamente cuando el exceso de producción haga necesario suspender el trabajo para mantener los precios en un límite costeable, previa aprobación de la Junta de Conciliación y Arbitraje.

Las diferencias o conflictos entre el capital y el trabajo se sujetarán a la decisión de una Junta de Conciliación y Arbitraje, formada por igual número de representantes de los obreros y de los patronos, y uno del Gobierno. Si el patrono se negare a someter sus diferencias al arbitraje o a aceptar el laudo pronunciado por la Junta, se dará por ter-

minado el contrato de trabajo y quedará obligado a indemnizar al obrero con el importe de tres meses de salario, además de la responsabilidad que le resulte del conflicto. Si la negativa fuere de los trabajadores, se dará por terminado el contrato de trabajo. Aunque la norma lo diga, se debe entender que lo será sin responsabilidad patronal.

Seguridad social

Los empresarios son responsables de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales de los trabajadores, sufridas con motivo o en ejercicio de la profesión o trabajo que ejecuten. En tal caso, deberán pagar la indemnización correspondiente según se haya traído como consecuencia la muerte o simplemente la incapacidad temporal o permanente para trabajar, de acuerdo con lo que las leyes determinen. Esta responsabilidad subsistirá aún en el caso de que el patrono contrate el trabajo por medio de un intermediario.

El patrono estará obligado a observar en la instalación de sus establecimientos, los preceptos legales sobre higiene y salubridad, y adoptar las medidas adecuadas para prevenir accidentes en el uso de las máquinas, instrumentos y materiales de trabajo, así como a organizar de tal manera éste, que resulte para la salud y la vida de los trabajadores la mayor garantía compatible con la naturaleza de la negociación, bajo las penas que al efecto establezcan las leyes.

Finalmente, y como un antecedente inmediato de los modernos institutos de seguridad social, la Constitución de Querétaro disponía que

Se consideran de utilidad social: el establecimiento de Cajas de Seguros Populares, de invalidez, de vida, de cesación involuntaria del trabajo, de accidentes y otros con fines análogos, por lo cual, tanto el Gobierno federal como el de cada Estado, deberán fomentar la organización de Instituciones de esta índole, para infundir e inculcar la previsión popular.

La prohibición de monopolios y el reconocimiento de los derechos de los consumidores y usuarios

El artículo 28 de la Constitución de Querétaro prohíbe los monopolios privados. Sólo admite, como monopolios públicos, los siguientes:

la acuñación de la moneda; los correos, telégrafos y radiotelegrafía; la emisión de billetes por medio de un solo Banco que controlará el Gobierno federal. La única excepción para los particulares, son los privilegios que por tiempo determinado se concedan a los autores y artistas para la reproducción de sus obras, y a los que, para el exclusivo uso de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora.

La misma norma constitucional consagra otro gran principio, completamente novedoso para la época, como lo fue el de la protección a los derechos de los consumidores y usuarios. En efecto, dijo el citado artículo que

la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos, de artículos de consumo necesario, y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acto o procedimiento que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción, industria o comercio, o servicios al público; todo acuerdo o combinación, de cualquier manera que se haga, de productores, industriales, comerciantes y empresarios de transportes o de alguno otro servicio, para evitar la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados; y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

Es indudable que estas normas constitucionales tuvieron una honda repercusión en la consolidación posterior del moderno Estado mexicano.

LA INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE QUERÉTARO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL COSTARRICENSE

Introducción

El Estado constitucional social en Costa Rica se comenzó a dibujar a partir de los inicios de la década de los años cuarenta del siglo pasado. Antes de esa fecha, la Constitución por entonces vigente que databa

desde 1871, consagraba un régimen estrictamente liberal, tanto en lo político como en lo social y económico.

El derecho a la propiedad se consideraba originario e irrestricto, y la libertad de comercio sin sujeción a limitaciones estatales. Consecuencia de lo anterior, no había tampoco ninguna disposición constitucional o legal que prohibiera los monopolios privados.

Cuando la Constitución de 1871 fue promulgada, Costa Rica era un país con escasos 300 000 habitantes, que basaba su economía exclusivamente en la exportación de café hacia los mercados europeos. Su estructura social era simple: los grandes hacendados y los peones de fincas que vivían en una relación más familiar, antes que de patrono-empleado, constituían su base fundamental. Junto a ellos estaba el núcleo de comerciantes importadores, los pequeños artesanos y un incipiente número de profesionales liberales. Por ello, no es de extrañar que esa Constitución se inscriba, tanto orgánica como dogmáticamente, dentro de las líneas de liberalismo económico clásico, con un sistema político de corte presidencialista fuerte y centralizado.

No obstante, la evolución social, económica y política también tocó a las puertas de nuestro país, por lo que el modelo creado por esta carta política entró en crisis a inicios de la década de los años cuarenta del siglo XX.

La sociedad costarricense, a lo largo del periodo liberal, siguió siendo pobre, al punto que uno de nuestros mejores prosistas afirmara cáusticamente que lo único bien repartido en Costa Rica era la pobreza.¹⁰ En efecto, desde finales del siglo XIX y los primeros 40 años del siglo XX, la división de clases se había hecho manifiesta, en gran parte por la existencia de enclaves bananeros tanto en el Atlántico como en el Pacífico, por lo que aquella sociedad de gentes iguales en su común pobreza había desaparecido. Por ejemplo, el 71% de la población tenía, en ese entonces, un ingreso per cápita de US \$ 90 anuales.

La Segunda Guerra Mundial aceleró la crisis económica y social del Estado costarricense, pues nuestros principales mercados de exportación eran los europeos. Lógicamente sobrevino la escasez y el alza desmedida de los artículos de primera necesidad, de manera que

¹⁰ Mario Sancho, *Memorias*, San José, Editorial Costa Rica, 1961, p. 284.

la mera subsistencia material comenzó a ser un problema cotidiano para la mayoría de la población. El Gobierno de entonces tuvo que tomar medidas fuertes como el control de precios de los productos de primera necesidad para evitar la especulación. Simultáneamente el Estado se convirtió en un importador y expendedor de artículos de primera necesidad.

Dentro de este contexto económico y social es que se fragua la reforma social de 1943, posteriormente ampliada y perfeccionada por la Constitución de 1949.

Desde el punto de vista ideológico, la reforma social costarricense bebió en las fuentes de la doctrina social de la Iglesia, pues el presidente de entonces no sólo había estudiado en Bélgica con el cardenal Mercier, sino que también se alió políticamente con el Partido Comunista y logró el apoyo decidido del arzobispo de San José, monseñor Víctor Manuel Sanabria, historiador y hombre de gran talento que estaba al día con los movimientos sociales que entonces agitaban al mundo académico.

Monseñor Sanabria fue acusado de comunista por quienes se oponían a la reforma, a lo cual el prelado respondió de manera hábil, diciendo que “Me asustan los caminos de la izquierda, pero nunca me han asustado los caminos de la justicia”.¹¹ Desde el punto de vista jurídico, la referencia principal fue justamente la Constitución de Querétaro, que constituía, en ese momento, el más connotado y conocido antecedente latinoamericano de una Constitución que reconocía los derechos sociales y económicos de los ciudadanos.

En efecto, Constituciones como la cubana de 1940 (artículo 87), la colombiana, luego de la reforma de 1936 (artículo 26, párrafo segundo), y la chilena (artículo 10) consagran disposiciones que autorizaban al Estado a introducirle limitaciones a la propiedad por razones de interés público, todas ellas bajo la influencia directa e inmediata de la Constitución de Querétaro.

La reforma constitucional fue presentada al Congreso el 16 de mayo de 1942, pero fue aprobada en segunda legislatura el 2 de ju-

¹¹ Víctor Manuel Sanabria, “Declaraciones”, *Diario La Tribuna*, San José, 30 de mayo de 1942, p. 1.

lio de 1943, la cual incluyó en el título III una sección tercera que se llamaría “De las garantías sociales”, compuesta por quince artículos.¹²

Antes de la reforma constitucional, se habían promulgado disposiciones legales de gran calado en materia social, que encontraron abrigo constitucional en la reforma de 1943. Nos referimos, en primer lugar, a la creación de la Caja Costarricense del Seguro Social, creada mediante ley número 17 del 1o. de noviembre de 1941, la cual se puso en marcha dos años después mediante una Ley Orgánica, que lleva el número 17 del 22 de octubre de 1943.

Esta institución, recogida y notablemente reforzada tanto por la Junta Fundadora de la II República en 1948 como por la Constitución de 1949, constituye hoy día el eje central de la seguridad social en nuestro país, y es, sin duda alguna, la institución pública más importante y la más querida por los costarricenses.

El derecho a la propiedad

La propiedad pública o institucional

Fue recién en la Constitución de 1949 que se desarrolló en nuestro ordenamiento constitucional el régimen de propiedad pública o institucional, tal y como lo hizo la de Querétaro desde 1917.

Los artículos 6, 50, 89 y 121, inciso 14, establecen que el patrimonio nacional está conformado por las aguas territoriales, las costas, el espacio aéreo, la plataforma continental, el zócalo insular, los recursos y riquezas naturales del agua, del suelo y del subsuelo, las bellezas naturales, el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el patrimonio histórico y artístico de la nación, las fuerzas que puedan obtenerse de las aguas de dominio público en el territorio nacional, los yacimientos de carbón, las fuentes o yacimientos de petróleo, sustancias hidrocarburadas, depósitos de minerales radioactivos, servicios inalámbricos —lo que modernamente se conoce como espacio electromagnético—, ferrocarriles, muelles y aeropuertos que estén en servicio.

¹² Sobre la discusión de esta reforma constitucional, véase Juan Luis Arias, “Las limitaciones a la propiedad en nuestra historia constitucional”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José, Lehmann, núm. 15, 1970, pp. 348 y ss.

Estos bienes que integran el patrimonio nacional gozan de especial protección, de manera que no son susceptibles de ser apropiados por particulares y ni siquiera por la administración pública. Sólo la Asamblea Legislativa puede desafectarlos para usos privados, pero únicamente en los casos y por los medios que ella establece. Algunos de ellos ni siquiera pueden ser desafectados por ley, toda vez que por su singular naturaleza han recibido una especial protección constitucional, que los sustrae del comercio de los hombres.

Otros pueden ser objeto de explotación racional por el Estado, como por los particulares, de acuerdo con la ley o mediante concesión especial otorgada por tiempo determinado y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa.

La especial naturaleza del patrimonio nacional tiene como consecuencia la necesaria e indisoluble vinculación al uso público de los bienes que el concesionario —sea público o privado— destine o requiera destinar para su desarrollo y explotación, de manera tal que éstos se entienden definitivamente incorporados al dominio público y gozan, por tal razón, de las características propias de este régimen de ser inembargables, imprescriptibles e inalienables.

Estos conceptos sobre la propiedad pública, en su gran mayoría, fueron tomados de la Constitución de Querétaro.

Los alcances y limitaciones al derecho
a la propiedad privada

En la reforma del artículo 29 de la Constitución de 1871 realizada el 2 de julio de 1943, modificó un poco la redacción del párrafo primero para precisarlo mejor, eliminando los detalles relativos a cómo debía ser la indemnización y a quién le correspondía fijarla, remitiendo para tales efectos a la ley. Sin embargo, la gran contribución fue la introducción de un segundo párrafo, el cual permitía que “Por motivos de necesidad pública podrá el Congreso, mediante el voto de dos tercios del total de sus miembros, imponerle a la propiedad limitaciones de interés social”.

La Constitución de 1949 mantuvo, en esencia, la misma redacción. Lo importante es que las limitaciones de interés social no son indemni-

zables, salvo cuando impidan al propietario ejercer alguno o todos los poderes que integran el derecho a la propiedad, de manera que éste se vacíe de su contenido esencial, es decir, que se deje sin efecto su núcleo duro. Verbigracia, una limitación que impida al propietario la venta del bien o su usufructo en cualquier forma.

Por tanto, existe limitación cuando en aplicación del principio constitucional de proporcionalidad, éste exige configurar las facultades del propietario sin privar de utilidad el ejercicio de su derecho; por el contrario, hay expropiación de hecho —y por tanto es indemnizable— cuando el mismo principio de proporcionalidad exija el cambio de titularidad o la privación sustancial de la utilidad de su derecho en contra del propietario.

Cabe finalmente precisar el concepto de “función social de la propiedad”. Para ello hay que distinguir entre la propiedad como institución y como derecho fundamental.

Función social de la propiedad significa que esta institución debe orientarse al cumplimiento de una función social, de manera tal que el derecho de propiedad está limitado por esa orientación. La función social es tarea que corresponde cumplir a la sociedad, pues el derecho de propiedad es derecho subjetivo y privado, por lo que su titular no puede ser convertido en funcionario de esa función social.

La función social implica ejercer el derecho de propiedad de manera tal que no perjudique a terceros y soportar la armonización con los derechos de los demás. Por ejemplo, los titulares del derecho de propiedad deben respetar el principio constitucional de tutela al ambiente. Las obligaciones derivadas del respeto de este principio serán siempre de carácter negativo, es decir, le indican al propietario lo que no puede hacer a fin de armonizar su ejercicio con el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado que el artículo 50 garantiza a todos los habitantes de la República.

En otros términos, la propiedad en cuanto institución existe, y se define en cuanto cumple, al mismo tiempo, una función de interés personal, de utilidad e interés para toda la sociedad. El derecho de propiedad, en cuanto derecho fundamental, es un derecho cuyo ejercicio, no obstante que está sometido a limitaciones que lo hacen compatible con dicha función social, no implica la obligación de satisfacer esa

función. Su deber jurídico se circunscribe a no ejercitar su derecho en forma contraria a tal función, pues la consecución de ésta es tarea de la sociedad. De lo contrario se terminaría colectivizando el derecho de propiedad, lo cual es contrario al contenido ideológico liberal-democrático que permea nuestro ordenamiento.

Indudablemente, la concepción del derecho a la propiedad en Costa Rica sufrió la influencia directa del artículo 27 de la Constitución de Querétaro a partir de 1943, en la medida en que ésta dispone que “La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público”.

Todo el tema de las limitaciones a la propiedad por motivos de utilidad pública y el concepto de función social de la propiedad derivan, en el plano ideológico, de la doctrina social de la Iglesia que se encuentra recogida en la Exposición de Motivos de la Reforma Constitucional al Artículo 29 de la Constitución en 1943,¹³ norma posteriormente incorporada en la Constitución de 1949 bajo el numeral 45, en tanto que su antecedente jurídico inmediato lo constituyó la Constitución de Querétaro.

También en la reforma constitucional de 2 de julio de 1943, se introdujo el artículo 58 que establecía la obligación del Estado de fomentar las cooperativas como medio para facilitar mejores condiciones de vida de los trabajadores, que luego pasó a ser el 64 en la carta política de 1949. Esta última, en su numeral 69, dispone que “Los contratos de aparcería rural serán regulados con el fin de asegurar la explotación racional de la tierra y la distribución equitativa de los productos entre productores y aparceros”.

Indudablemente ambas disposiciones constitucionales encuentra su matriz en el artículo 27 de la Constitución de Querétaro.

¹³ Decía la citada exposición de motivos: “He ahí también porqué el Sagrado Pontífice León XIII declaraba que el Estado no tiene derecho a otorgar la propiedad privada con un exceso de cargas o imposiciones. El derecho de propiedad individual emana, no de relaciones humanas, sino de la misma naturaleza; la autoridad pública no puede, por tanto, abolirla; sólo puede atemperar su uso y conciliarlo con el bien común”, Asamblea Legislativa, Expediente legislativo de la reforma del artículo 29 de la Constitución de 1871, San José, Imprenta Nacional, 1943, p. 8.

Los derechos laborales

Derechos individuales

La efímera Constitución de 1917, promulgada el 8 de junio de 1917, es decir, cuatro meses después de la de Querétaro y que estuvo vigente hasta el 3 de septiembre de 1919, disponía en su artículo 10 que

Es obligación del Estado velar por el bienestar de los clases trabajadoras, y para ello dictará las leyes que sean necesarias; a falta de iniciativa social promoverá, y en todo caso apoyará en la medida de sus recursos, las instituciones que tengan por objeto armonizar sobre bases de justicia las relaciones entre patronos y obreros, y las que tiendan a mejorar la condición económica de éstos y a ampararlos en caso de enfermedad, vejez o accidente, paro de trabajo u otras circunstancias de desgracia independientes de su voluntad.

Se trataba de una típica norma programática que en realidad no otorgaba ningún derecho a los trabajadores, sino que más bien establecía obligaciones al Estado, especialmente al órgano legislativo.¹⁴

En materia laboral, específicamente, el artículo 52 estableció que el trabajo es un deber social y gozaba de especial protección de las leyes, con el objeto de que su cumplimiento dé al individuo derecho a una existencia digna y acorde con sus esfuerzos y aptitudes.

El numeral 53 disponía que el trabajador manual o intelectual tenía derecho a un salario mínimo que cubra las necesidades de su hogar en el orden material, moral y cultural, el cual sería fijado periódicamente, atendiendo a las modalidades de su trabajo y a las particulares condiciones de cada región, y de cada actividad intelectual, industrial, comercial, ganadera o agrícola.

El artículo 54 fijaba el máximo de la jornada ordinaria de trabajo semanal en 48 horas, no pudiendo exceder de 8 horas diarias, y la extraordinaria de 6 horas. Asimismo, establecía la obligación de remunerar con un 50% adicional el trabajo extraordinario. También consagraba el derecho a vacaciones anuales pagadas, cuya extensión y

¹⁴ Véase Rubén Hernández Valle, *Constituciones iberoamericanas*, México-San José, UNAM, 2005, pp. 42 y ss.

oportunidad serían reguladas por ley, pero cuyo monto no podría ser fijado en una proporción menor a dos semanas por cada cincuenta semanas de servicio continuo.

El artículo 62 recogió el principio de que

A trabajo igual y en idénticas condiciones, corresponderá un salario o sueldo igual sin distinción de personas ni de sexos. El trabajador campesino gozará de los mismos derechos vitales que el trabajador urbano. En igualdad de condiciones los patronos y empresas públicas o privadas tendrán la obligación de preferir a los trabajadores costarricenses. La ley fijará, en los casos ocurrentes, la proporción mínima de los trabajadores nacionales, atendiendo no sólo a su número, sino también al monto total de los salarios o sueldos que se paguen.

El artículo 64 creaba una jurisdicción especial de trabajo para mejor resolver los conflictos que se deriven de las relaciones entre patronos y trabajadores. Todos los tribunales de trabajo dependerían del Poder Judicial y la ley determinaría su número y organización. Su integración, en su mayor parte, debería estar compuesta por un representante del Estado, que la presidiría, y por un representante de los patronos y otro de los trabajadores.

Esta última disposición nunca fue acatada por el legislador, y la jurisdicción laboral se encargó exclusivamente a tribunales unipersonales integrados por jueces nombrados por el Poder Judicial. En la Constitución de 1949 se eliminó esa obligación constitucional inactuada y soslayada por el legislador ordinario de integrar los tribunales de trabajo de manera tripartita.

Derechos colectivos

El artículo 55 reconocía el derecho a la sindicalización, tanto a los trabajadores como a los patronos para la persecución de fines exclusivos de su actividad económico-social.

El artículo 56 reconocía el derecho de los patronos al paro y de los trabajadores a la huelga, salvo en los servicios públicos, de acuerdo con la determinación que de éstos hiciera la ley y conforme a las regulacio-

nes que la misma estableciera, las cuales debían desautorizar todo acto de coacción o de violencia.

El numeral 57 le otorgaba fuerza de ley a las convenciones colectivas y contratos colectivos de trabajo que, con arreglo a la ley, se concertaran entre patronos y sindicatos de trabajadores legalmente organizados. Es interesante señalar que la titularidad para suscribir convenciones se otorgó a los sindicatos y no a los trabajadores considerados individualmente.

Derechos asistenciales

Con la reforma de 1943, la Constitución de 1871 dispuso en su artículo 51 una norma programática dirigida al legislador, a fin de que éste asegurara el amparo de la madre, del niño, del anciano y del enfermo desvalido.

El artículo 63 creó los seguros sociales en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales, regulado por un sistema tripartido de contribución: el trabajador, el patrono y el Estado, a fin de proteger a los primeros contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez, muerte y demás contingencias que determinara la ley. Para la administración y gobierno de tales seguros se creó la Caja Costarricense del Seguro Social, con el rango de institución autónoma.

En la Constitución de 1949 se precisaron mejor estos derechos. Así, el artículo 51 establece que la familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido.

En el artículo 52 se dispone que el matrimonio es la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges. No obstante, en un país en que predomina la familia de hecho, la legislación ordinaria ha ido paulatinamente cerrando la brecha entre ésta y la familia de derecho, reconociendo a ambas los mismos derechos.

El artículo 55 encarga la protección especial de la madre y del menor a una institución autónoma denominada Patronato Nacional de la Infancia, con la cual deben colaborar todas las demás instituciones del Estado.

El artículo 73 mejora la redacción del numeral 63 de la Constitución de 1871, luego de su reforma de 1943, a fin de dotar a la Caja Costarricense del Seguro Social de ulteriores garantías. Por ejemplo, la norma constitucional en examen establece la prohibición de que los fondos y reservas de los seguros sociales puedan ser empleados o transferidos a finalidades distintas a las que motivaron su creación. Asimismo, establece que “Los seguros contra riesgos profesionales serán de exclusiva cuenta de los patronos y se regirán por disposiciones especiales”. En la actualidad el Instituto Nacional de Seguros es el encargado de administrar tales seguros.

Por vía legislativa, a finales de los años noventa del siglo pasado, se crearon las pensiones complementarias obligatorias a cargo exclusivo de los patronos, sin perjuicio de que los trabajadores puedan voluntariamente contribuir a ella para aumentar sus beneficios.

Derechos prestacionales

El artículo 60 exigía que los patronos adoptaran en sus empresas las condiciones necesarias para la higiene y seguridad del trabajo. El artículo 61, por su parte, establecía la obligación del Estado de velar por la preparación técnica de los trabajadores, a fin de procurar la mayor eficiencia en las labores de los mismos y de lograr un incremento de la producción nacional.

En el artículo 58 se estableció la obligación del Estado de fomentar las cooperativas, norma que también se encuentra recogida en el numeral 64 de la Constitución de 1949. El 59, por su parte, establecía la obligación del Estado para auxiliar la construcción de casas baratas para los trabajadores urbanos y la creación del patrimonio familiar para el trabajador campesino.

Todo lo anterior encontraba justificación genérica en el artículo 51 de la misma Constitución, según el cual “El Estado procurará el mayor bienestar de los costarricenses [...] organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza”, y del 65 que establecía que los derechos y beneficios sociales contenidos en el capítulo de garantías sociales eran irrenunciables.

Tal vez la única adición importante que contiene la Constitución de 1949 en materia de garantías sociales, respecto de las incluidas en

1943 a la Constitución de 1871, fue la obligación introducida en el artículo 72 del Estado de mantener, mientras no exista un seguro de desocupación, un sistema técnico y permanente de protección a los desocupados involuntariamente, y deberá procurar el reintegro de los mismos al trabajo. Esta norma constitucional se ha mantenido inactuada hasta el momento, pues para implementarla sería necesaria la erogación de cuantiosos recursos fiscales que el Estado no ha estado todavía en capacidad de asumir.

El artículo 65 de la Constitución de 1871, luego de la reforma del 2 de julio de 1943, establecía que los derechos y beneficios a que se refería esa sección eran irrenunciables, y su enumeración no excluía otros que se deriven del principio cristiano de justicia social. Finalmente, añadía que eran aplicables a todos los factores concurrentes de la producción y reglamentos en un Código Social y de Trabajo, a fin de procurar una política permanente de solidaridad nacional.

El artículo 74 de la Constitución de 1949 recoge los mismos principios, pero con una redacción más técnica.

Nuevamente tenemos que concluir que, en materia de derechos laborales y, en general, de prestaciones sociales, nuestro derecho constitucional deriva de la Constitución de Querétaro. En efecto, con las adaptaciones y correcciones del caso por el paso de los años, los textos de ambos ordenamientos son muy similares en sus contenidos.

*La prohibición de los monopolios y la tutela
de los derechos de los consumidores y usuarios*

El tema de la prohibición y regulación de los monopolios fue asumido por el Constituyente de 1949. Hasta ese momento existían algunos monopolios públicos, como los seguros, la captación de depósitos bancarios del público, etcétera.

El artículo 46 de la Constitución establece una amplia normativa sobre la existencia y regulación de los monopolios en nuestro ordenamiento. Se trata de acciones positivas tendentes a salvaguardar el principio de la competencia y a minimizar los efectos de los monopolios naturales o de derecho existentes o que se crearen en el futuro.

De conformidad con su primer párrafo “Son prohibidos los monopolios de carácter particular y cualquier acto, aunque fuere originado

en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura e industria”.

En consecuencia, en nuestro ordenamiento no es posible establecer monopolios privados por vía legal o reglamentaria. Se debe aclarar que la adjudicación de la gestión de un servicio público por vía de licitación no constituye de ninguna forma un monopolio privado, pues la selección del contratista se hace mediante un concurso público en el que participa una pluralidad de oferentes. Simplemente se escoge a la oferta que sea más beneficiosa para los intereses públicos.

El segundo párrafo de la misma norma dispone que “Es de interés público la acción del Estado encaminada a impedir toda práctica o tendencia monopolizadora”.

Esta garantía constitucional tiende a promover la competencia en el mercado y hacer efectivo un contenido esencial de la libertad de empresa, como es el derecho a la libre competencia, además de tutelar los intereses de los consumidores y usuarios.

Los monopolios naturales están regulados por el tercer párrafo del artículo 46 de la Constitución, al disponer que “Las empresas constituidas en monopolios de hecho deben ser sometidos a una legislación especial”.

El monopolio implica una exclusividad de producción o comercialización en el mercado de determinado bien o servicio. El abuso del monopolio se traduce en precios excesivos, por encima del precio de eficiencia económica.

La empresa en régimen de monopolio tiene el poder para establecer o fijar unilateralmente los precios de los bienes y servicios. Por tanto, es lógico que la empresa busque obtener la mayor rentabilidad posible.

No obstante, la empresa en monopolio tiene como límite la eficiencia económica, pues de lo contrario el exceso en el precio se convierte en un costo adicional para el consumidor, lo que afecta sus intereses económicos.

En estas hipótesis, el Estado puede dictar legislación para controlar precios y, en el caso de los prestadores de servicios, lo relativo a su calidad y otros elementos que condicionan la capacidad de elección de los consumidores.

Finalmente, el cuarto párrafo del artículo 46 de la Constitución establece que la creación de nuevos monopolios, tanto estatales como

municipales, requiere la aprobación calificada de dos tercios del total de miembros de la Asamblea Legislativa.

Tales monopolios están también sujetos a los principios de eficiencia económica y de reserva legal en materia tributaria. También deben respetar los derechos de los usuarios y consumidores contenidos en el mismo artículo 46 de la Constitución y en la Ley de Defensa Efectiva del Consumidor.

Por medio de una reforma constitucional realizada en 1996 al artículo 46, se elevó a rango constitucional la protección de los derechos de los consumidores y de los usuarios en materia de salud, ambiente, seguridad e intereses económicos. Además se consagró la obligación del Estado de apoyar los organismos que constituyan aquéllos en defensa de sus derechos.

Asimismo, estableció el derecho fundamental de los consumidores a que la propaganda comercial debe ser adecuada y veraz, para evitar daños a la salud y objeto de engaños en cuanto a la calidad de los bienes y servicios ofrecidos por los proveedores en el mercado.

También se constitucionalizó la libertad de elección de los consumidores y usuarios, así como el derecho a un trato equitativo tanto para los consumidores como para los usuarios.

En efecto, es notorio que el consumidor se encuentra en el extremo de la cadena formada por la producción, distribución y comercialización de los bienes de consumo que requiere adquirir para su satisfacción personal, y su participación en este proceso no responde a razones técnicas ni profesionales, sino a la celebración constante de contratos a título personal. Por ello su relación en esta secuencia comercial es de inferioridad, y requiere de una especial protección frente a los proveedores de bienes y servicios, con la finalidad de que, antes de externar su consentimiento contractual, cuente con todos los elementos de juicio necesarios que le permitan expresarlo con toda libertad, y ello implica el conocimiento cabal de los bienes y servicios ofrecidos.

Van incluidos por lo expresado, en una mezcla armónica, varios principios constitucionales, como la preocupación estatal a favor de los más amplios sectores de la población cuando actúan como consumidores, la reafirmación de la libertad individual al facilitar a los particulares la libre disposición del patrimonio con el concurso del mayor

conocimiento posible del bien o servicio a adquirir, la protección de la salud cuando esté involucrada, el ordenamiento y la sistematización de las relaciones recíprocas entre los interesados, la homologación de las prácticas comerciales internacionales al sistema interno, y en fin, la mayor protección del funcionamiento del habitante en los medios de subsistencia.

Tales principios se encuentran recogidos y desarrollados en la Ley de Protección al Consumidor. En efecto, los principios aludidos sirven de marco a las disposiciones de la Ley de Protección al Consumidor que, en la medida que se faculta la intervención de los poderes públicos en la regulación de precios de bienes y servicios de consumo básico, y la de márgenes máximos de utilidad en los demás, no provoca lesiones. Ello en nada afecta las garantías de mercado y libre circulación de los bienes, o lo que es lo mismo, el llamado principio económico “de la economía de mercado”.

Existe, como se ha venido analizando, una amplia interrelación entre la defensa de los derechos del consumidor, representados en el acceso a todos los bienes legalmente comercializables, así como a la cantidad y calidad que el particular puede adquirir, según su propia capacidad, y los derechos de la libre competencia y libertad de empresa, los que podrían verse amenazados y hasta eliminados por el juego incontrolado de las tendencias de cualesquiera de ellos.

Nuevamente, la impronta de la Constitución de Querétaro salta a la vista. Más o menos los mismos conceptos fueron originalmente acuñados por la Constitución mexicana de 1917.

FUENTES CONSULTADAS

Bibliográficas

- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000.
- CHELI, ENZO, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1957.
- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *Constituciones iberoamericanas*, México-San José, UNAM, 2005.

- MADRAZO, Jorge, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, UNAM, 1985.
- PIERANDREI, Franco, *La Corte Costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1962.
- SANCHO, Mario, *Memorias*, San José, Editorial Costa Rica, 1961.
- SCHMITT, Karl, *Verfassungslehre*, Berlín, C. H. Beck, 1957.
- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 21a. ed, México, Porrúa, 1985.
- VALADES, Diego, *Problemas constitucionales del Estado moderno*, México, UNAM, 2002.

Hemerográficas

- ARIAS, Juan Luis, “Las limitaciones a la propiedad en nuestra historia constitucional”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José, Lehmann, núm. 15, 1970.
- FORSTHOFF, Ernst, “La Repubblica Federale tedesca come Stato di Diritto e Stato Sociale”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milán, Giuffrè, 1956.
- ORTIZ, Eduardo, “Estado social de derecho”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José, Lehmann, núm. 29, 1976.
- SANABRIA, Víctor Manuel, “Declaraciones”, *Diario La Tribuna*, San José, 30 de mayo de 1942.

Legislativas

- Expediente legislativo de la reforma del artículo 29 de la Constitución de 1871, San José, Imprenta Nacional, 1943.



ESTÁNDARES CONSTITUCIONALES EUROPEOS EN RELACIÓN CON LA CONSTITUCIÓN MEXICANA. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y BASES DEL JUICIO DE AMPARO MÉXICO-FRANCIA

Ana Ruth Herrera Gómez*
Michael Vorbeck**

No es posible concebir, por una parte, a juristas obsesionados con el texto constitucional y, por otra parte, a los de “espíritu abierto” a la realidad del mundo. El derecho es parte del mundo. De hecho, en parte es un reflejo del mismo y a su vez ejerce sobre él una influencia considerable.¹

En la medida en que se reconoce que el derecho está ligado a una realidad, se advierte que el mismo no se concibe de manera rígida sino que el mismo evoluciona y tiene vida, lo cual se refleja en un constitucionalismo que a su vez permea concebido en un contexto de mundialización. Así, los conceptos clásicos de soberanía, Estado, autoridad política, encuentran límites y frenos ante diversos poderes y factores de índole económica, mediática, internacional, entre otros, que han puesto en cuestionamiento el alcance de los conceptos tradicionales.

* Miembro de la Association Française de Droit constitutionnel; autora de obras y diversos artículos en materia de justicia constitucional.

** Asesor diplomático por el Principado de Liechtenstein; autor de diversos artículos.

¹ En tal sentido, Jean Jacques Sueur, *Pour un droit politique: contribution à un débat*, Quebec, Presses de l'Université Laval, 2011. También véase Joseph Barthélemy y Paul Duez, “Les conséquences de la rigidité constitutionnelle”, *Traité de droit constitutionnel*, París, Éditions Panthéon Assas, 2004, pp. 192-239.

Asimismo, como consecuencia de abusos por parte de los poderes, se ha dado como resultado la revalorización de derechos fundamentales desde una perspectiva dinámica internacional. ¿Paradigmas obsoletos o mutables?²

En ocasiones, el punto crucial para la determinación de estándares constitucionales lo constituye graves vulneraciones de derechos humanos cuyo olvido puede dar lugar a su repetición; de ahí, la recomendación de su reflejo en el derecho constitucional y los elementos que se sugiere prever en una Constitución, no todos ellos esenciales, más sí el relativo a la garantía efectiva de derechos fundamentales, cuya protección es a su vez sustrato del elemento humano entendido en un sentido lato.

Durante la Segunda Guerra Mundial varios países fueron ocupados; entre ellos Francia, el cual desde antes de dicha ocupación fue pionero en la protección de derechos humanos, cuna de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.³ Después de dicha Guerra Mundial, su participación fue importante dentro de los miembros fundadores de una Europa por la paz, y de lo que sería ahora la Unión Europea. A su vez, la conformación y normatividad de la Unión Europea y del pensamiento francés ha sido determinante en la visión de un nuevo constitucionalismo, que también es influenciado en sistemas jurídicos, aunque no sean parte de la misma.

En este artículo, en una primera parte, nos referiremos a elementos recomendables en una Constitución,⁴ los cuales se coligen de la expe-

² Sobre dicho aspecto, véase Christophe Euzet, “Les manuels de la doctrine constitutionnaliste face aux bouleversements fondamentaux de l’ère bipolaire”, en Association Française de Droit Constitutionnel, <http://www.droitconstitutionnel.org/> (consultado el 4 de febrero de 2016). Véase también Dominique Rousseau, “Le nouvel horizon du droit constitutionnel”, *Renouveau du droit constitutionnel: Mélanges en l’honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 891.

³ La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano ha influenciado otras declaraciones importantes como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, adoptado por el Consejo de Europa en 1950, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Dominique Rousseau, “Vers un ordre juridictionnel des Droits de l’homme au bloc de constitutionnalité”, en *Conseil constitutionnel et Cour européenne des Droits de l’Homme, Droits et libertés en Europe*, (Actes du colloque de Montpellier 20-21 janvier 1989), STH, 1990, p. 1.

⁴ Al respecto, cabe subrayar la aportación del doctor Michael Vorbeck, quien participa en este artículo con su experiencia por 30 años en el Consejo de Europa, asesor por

riencia en la integración europea, conformada por Estados miembros no necesariamente homogeneizados, y que derivados de consecuencias bélicas con graves vulneraciones a derechos fundamentales, los llevaron a reflexionar y tomar mayor conciencia del elemento humano y su reflejo en el aspecto democrático, instrumentos efectivos de protección de derechos, tipos de gobierno, libertad ideológica y sus alcances, entre otros.

Ellos no solamente serían aplicables a países miembros de la Unión Europea. También, puede ser punto de referencia de México, en un contexto de internacionalización, quien es parte de la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia). Cabe precisar que en el desarrollo de los pilares de dicha integración, han hecho presencia de manera significativa los principios del pensamiento francés, el cual también ha influenciado en el constitucionalismo mexicano.⁵ Se harán algunas observaciones respecto a varios sistemas jurídicos europeos, particularmente en los rubros más relacionados con derechos fundamentales, y una breve relación al sistema jurídico mexicano.

En una segunda parte se resaltarán de entre dichos elementos, uno que nos parece esencial en una Constitución y reflejo de la influencia del artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que establece en su parte primera que toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos carece de Constitución. Cabe subrayar que dicha garantía no solamente es a nivel conceptual o teórico, sino es necesario su reflejo en la aplicación efectiva de respeto de los derechos fundamentales; de lo contrario sería cuestionable si hay Constitución, a pesar de ser reconocidos los derechos formalmente en un texto.

Su efectividad se traduce en un Estado de derecho, en cuyo fondo se encuentran tintes de conciencia humanitaria, la cual ha avanzado en virtud de la influencia internacional. México también es parte de este movimiento, en la evolución que ha tenido respecto de la importancia

Liechtenstein, entre otros cargos, y quien ha analizado el tema que se desarrolla en diversas opiniones de la Comisión de Venecia.

⁵ Véase Juventino Castro, *Garantías y amparo*, México, Porrúa, 2004, pp. 343 y 344.

de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos a través de la aplicación de los tratados internacionales en la materia. Lo anterior se subrayó con las reformas constitucionales de 6 y 11 de junio de 2011, en virtud de las cuales se reconoció la ampliación del ámbito de protección de derechos, destacando el principio pro persona como rector de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas y la amplitud de procedencia del juicio de amparo. Cabe precisar que, en nuestra opinión, si bien dicho alcance era viable a través de la interpretación por el juez constitucional, dichas reformas han subrayado y fortalecido la importancia del expansionismo constitucional en un contexto internacional, sea que se considere el control de convencionalidad como control de constitucionalidad o bien una función propia del juez de legalidad, como se mencionará más adelante en una referencia comparativa del contencioso constitucional mexicano y del contencioso francés.

Asimismo, es de subrayar la participación de México en dicha línea que ha permitido una evolución en diversos sistemas jurídicos con instrumentos de protección de derechos fundamentales, a través del juicio de amparo,⁶ institución de origen mexicano y a veces desconocido su origen y evolución en algunos sistemas jurídicos, a pesar de tener elementos similares para que el mismo permee, y que han tenido lagunas importantes al haber carecido de manera expresa en este siglo de un control de constitucionalidad *a posteriori*, como es el caso del contencioso constitucional francés, el cual en 2008 aprobó la *Loi constitutionnelle numéro 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République*, por virtud de la cual se introdujo el artículo 61-1 de la Constitución.⁷ Al respecto, se mencionarán algunas

⁶ Sobre dicho tema véase Héctor Fix-Zamudio, “Del amparo nacional al amparo internacional”, *Revista de la Escuela Libre de Derecho*, México, núm. 28, 2004, pp. 157-186; Héctor Fix-Zamudio, “El amparo mexicano como instrumento protector de los derechos humanos”, *Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 29, 1992, pp. 253-302; Felipe Tena Ramírez, “L’aspect mondial de l’amparo. L’expansion internationale de l’amparo”, en Luis Chico Goerne (dir.), *México ante el pensamiento jurídico-social de Occidente. Memoria de la Asamblea Anual del Consejo de l’Union Internationale des Avocats*, México, Ius, 1955, pp. 153-158.

⁷ Artículo 61-1. “Si en el curso de una instancia ante un juez, se sostiene que una disposición legislativa viola los derechos y libertades garantizados por la Constitución,

observaciones en relación con el juicio de amparo mexicano relacionado con el contencioso constitucional francés.

Cabe resaltar que el juicio de amparo ha penetrado en la conciencia jurídica del mundo; “no fue una creación de Aladino y de su lámpara mágica, ni un hallazgo de los buscadores de tesoros”, sino que su origen se encuentra en la búsqueda de un mecanismo de protección de abusos y cuya influencia en otros regímenes jurídicos ha sido considerable.⁸

ELEMENTOS RECOMENDABLES
EN UNA CONSTITUCIÓN BASADA
EN LA DEMOCRACIA, PROTECCIÓN
DE DERECHOS HUMANOS Y ESTADO
DE DERECHO EN CONTEXTOS HETEROGÉNEOS

Después de la Segunda Guerra Mundial y de años de regímenes represivos que atentaron contra derechos fundamentales, el régimen nazi, la política de Stalin, entre otros, se buscó lograr estándares constitucionales basados en la democracia, la protección efectiva de derechos humanos y en un Estado de derecho. Como consecuencia, se adoptó la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, por el Consejo de Europa en 1950. Previo a ello, existieron diversos elementos que en su devenir han tenido cambios.

Por ejemplo en Alemania, desde antes de la separación entre la República Federal de Alemania y la República Democrática Alemana, ya

el Consejo Constitucional puede ser accionado de dicha cuestión por reenvío del Consejo de Estado o de la Corte de Casación, quienes se pronunciarán al respecto en un plazo determinado. Una ley orgánica determinará las condiciones de aplicación de este artículo” (*Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article*).

⁸ Teófilo Olea y Leyva, “L’aspect philosophique de l’Amparo”, en Luis Chico Goerne (dir.), *México ante el pensamiento jurídico-social de Occidente. Memoria de la Asamblea Anual del Consejo de l’Union Internationale des Avocats*, México, Ius, 1955, p. 115.

se encontraba plasmada la noción de autonomía regional; esto en varios *Länder* que adoptaron Constituciones democráticas, como fue el caso de Bavaria.⁹

En la República Democrática Alemana, la autonomía regional fue suprimida en 1952;¹⁰ los *Länder* surgieron nuevamente en 1990 después de la reunificación alemana.

Por su parte, la Constitución de la República Federal de Alemania se denominó *Grundgesetz* (Ley Fundamental) con la idea de que con posterioridad a la reunificación alemana se adoptaría una Constitución común; cuando esto sucedió después de la caída del muro de Berlín en 1989, ambas partes de Alemania aceptaron conservar la *Grundgesetz*.¹¹

Las respectivas Constituciones de pueblos como Albania, Bulgaria, Polonia, Rumania, entre otros, se basaron en sistemas autoritarios, en prácticas dictatoriales del Partido Comunista,¹² en los cuales, el concepto de autonomía regional es cuestionable.

⁹ Bavaria adoptó su primera Constitución en 1808 (bajo la influencia del pensamiento francés); la segunda Constitución, en 1818; y fue en 1919 que, bajo el gobierno provisional de Bamberg, adoptó la tercera Constitución, así como Bavaria con autonomía. Al respecto, el imperio alemán (el *Deutsches Reich*), creado en 1871, se conformó por diversos reinos, los cuales aceptaron al rey de Prusia como emperador (*Kaiser*), pero conservaron su autonomía; la misma continuó en dichas regiones aún después de la Primera Guerra Mundial. Cuando Hitler estuvo en el poder, terminó dicha autonomía, y se creó un Reich centralizado hasta 1945. Alemania fue ocupada en cuatro regiones: la soviética, la americana, la francesa y la británica. Después de la Segunda Guerra Mundial se reconstruyó la estructura de Alemania. Véase *Der Illustrierte Ploetz*, Würzburg, Verlag Ploetz KG, 1973, pp. 438, 531 y ss.

¹⁰ Después de la Segunda Guerra Mundial, la zona soviética de Alemania retomó los cinco *Länder*; Brandemburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt y Thüringen. El 23 de julio de 1952, el Gobierno de la República Democrática Alemana abolió la autonomía de dichos *Länder* y en su lugar se adoptó un sistema centralizado, con 14 distritos (*Bezirke*) (véase artículo 81, primer párrafo de la Constitución Democrática Alemana. www.dokumentarchiv.de/ddr/verfddr.html). Sobre dicho tema, GDR Constitution, versión alemana en www.dokumentarchiv.de/ddr/verfddr.html (consultado el 9 de marzo de 2016).

¹¹ El artículo 146 de la *Grundgesetz* preveía ello, lo cual fue aceptado con posterioridad por el Parlamento (*Volkskammer*) de la RDA. Véase *Grundgesetz*, Beck-Texte im Deutschen Taschenbusch, München, Verlag (C. H. Beck), 2015, p. VIII y p. 71 (artículo 146, *Grundgesetz*); Tratado de la Reunificación Alemana del 31 de agosto de 1990. *Bundesgesetzblatt*, t. II, pp. 885, 889.

¹² La Constitución Soviética del 7 de agosto de 1977 puntualizaba los principios de la dictadura del proletariado bajo la directriz del Partido Comunista.

En más de la mitad de Europa, bajo la entonces Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, no fue posible adoptar verdaderas Constituciones con tintes democráticos, garantía y respeto efectivo de derechos fundamentales y del Estado de derecho.

Por ejemplo, en la Constitución de la Unión Soviética, de 1977, se reconocían los siguientes derechos y libertades fundamentales: libertad de conciencia,¹³ libertad de prensa, libertad de expresión, derecho a manifestarse, libertad de asociación,¹⁴ derecho al respeto a la vida privada, del hogar y de la familia, entre otros, precisando que dichos derechos se garantizaban sólo en el contexto de las necesidades colectivas de la sociedad soviética. En la práctica, se tradujo en que el Partido Comunista decidía si el derecho sería o no respetado.

Si bien en Constituciones de países socialistas se reconocían derechos humanos,¹⁵ muchas veces fueron plasmados sin su correlativo reflejo en la práctica. Alguna vez, un oficial comunista de alto rango expresó: “Sí, nosotros también respetamos los derechos humanos, por supuesto solamente son aplicables a los miembros del Partido y a la gente que está con el Partido”.

Tras intentos de unificación de Europa, liderados por el Consejo de Europa en Estrasburgo en 1949, se creó la Comunidad Económica Europea con el Tratado de Roma de 1957 en Bruselas; y se fue dando poco a poco la integración europea. En la hoy Unión Europea, para poder ser miembro es requisito tener una Constitución basada en un sistema democrático, de respeto a los derechos humanos y Estado de derecho.¹⁶

Bajo dicho panorama general, ha surgido la pregunta de qué es lo que debe contener una Constitución a pesar de la diversidad social e

¹³ Artículo 52. Véase <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/827/11.pdf> (consultado el 13 de marzo de 2016).

¹⁴ Artículo 50. *Idem*.

¹⁵ Por ejemplo, la Constitución de la República Democrática Alemana del 6 de abril de 1968, en su versión reformada al 7 de octubre de 1974, preveía en su artículo 19, el derecho al respeto y protección de la dignidad, así como de la libertad de la personalidad; en su artículo 20 establecía que la libertad de conciencia y de religión estaban garantizados. Ello no fue así en la práctica. Sobre dicho tema véase *Der illustrierte...*, *cit.*, pp. 525 y ss.; GDR Constitution, versión alemana en www.dokumentarchiv.de/ddr/verfddr.html (consultado el 9 de marzo de 2016).

¹⁶ Véase artículo 49 del Tratado de Lisboa de 2007.

ideológica, sobre todo respecto de aquéllos países que tendrían que redactar una Constitución; esto fue el caso de países del ex bloque socialista.

Como consecuencia de ello, se creó la Comisión Europea para la Democracia a través del derecho (Comisión de Venecia), órgano consultivo del Consejo de Europa, conformada por expertos eminentemente constitucionalistas que asesoran al Consejo de Europa y Estados miembros,¹⁷ e incluso apoyando a países no miembros, de la cual México es miembro formalmente en 2010.

Cabe señalar que en dicha tendencia evolucionista del constitucionalismo, Francia ha influenciado tanto como país precursor de derechos humanos, como país miembro del Consejo de Europa, parte de los miembros fundadores de la hoy Unión Europea,¹⁸ y a través de su pensamiento filosófico y jurídico que se deja sentir en varios países latinoamericanos, entre ellos México.¹⁹

Por su parte, si bien la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos fue resultado de un constituyente revolucionario, entendiendo aquí por revolución “la modificación violenta de los fundamentos constitucionales de un Estado”,²⁰ ¿es posible hablar de una supraconstitucionalidad?²¹ Aún, más, México también es partícipe en la influencia internacional del movimiento constitucionalista de manera activa.

¹⁷ Véase *Bulletin on Constitutional Case Law*, CODICES. Disponible en www.venice.coe.int/webforms/events (consultado el 13 de marzo de 2016).

¹⁸ Sobre los orígenes de la construcción europea, también véase Grégoire Eldin *et al.*, *L'Europe de Robert Schuman*, París, Presses de l'Université Paris-Sorbonne, 2001.

¹⁹ Sobre dicha influencia francesa, José Luis Abellán, *Pensée hispanique et philosophie française des lumières*, Toulouse, Publications de l'Université de Toulouse-Le Mirail, 1980, serie A, t. 45.

²⁰ Felipe Tena Ramírez, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1998, p. 65. No obstante, el derecho a la revolución o insurrección también tiene la acepción prevista en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793, en su artículo 35 dice que “Cuando el gobierno viola los derechos del pueblo, la insurrección es para el pueblo, y para cada porción del pueblo, el más sagrado de sus derechos y el más indispensable de sus deberes”.

²¹ Una parte de la doctrina afirma la existencia de un núcleo de principios constitucionales intocables por cualquier poder a través de una reforma constitucional, en una esfera supraconstitucional, de tal manera que una reforma constitucional no pueda ir en contra de los mismos (sobre dicho tema, Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, París, Montchrestien, 2001, pp. 241-216).

Uno de los mayores desafíos del constitucionalismo contemporáneo se observa en la comprensión del “sustrato humano” del Estado,²² en donde “el pueblo” o el concepto sociológico nación no necesariamente se refiere a una comunidad homogeneizada que lo conforme y se correlacione en una internacionalización de sus elementos, lo cual es una tendencia cada vez mayor.

En efecto, “la galaxia jurídica contemporánea se compone por diversos planetas que evolucionan los unos en relación con los otros, cuya trayectoria se reanuda continuamente. Dicho flujo debería estar regulado por las leyes de la mecánica celeste, y el Gran Arquitecto no se preocupa al respecto”.²³

A continuación se hará referencia a elementos que se recomienda considerar en una Constitución, no todos esenciales, más sí basados en los conceptos democracia, derechos humanos y Estado de derecho; así se realizarán algunas observaciones al respecto.

¿Constitución escrita?

Algunos podrían considerar que para poder verificar los elementos de una Constitución, lo recomendable es que la misma sea escrita. Sin embargo, no siempre es así, como lo es el caso del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, los cuales se ha caracterizado por una democracia sólida sin necesidad de codificar en un texto constitucional.

Como ejemplo de Constituciones escritas, está la Constitución de Francia y la de México. Con la diferencia de que en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, su contenido llega a ser en detalle descriptivo, mientras que en la Constitución francesa, y su bloque de constitucionalidad,²⁴ es más general, con principios y directrices

²² Véase S. Pierré-Caps y V. Constantinesco, *Droit constitutionnel*, 3a. ed., PUF, 2007, p. 335.

²³ J.-P. Jacque, “Droit constitutionnel national, Droit communautaire, Charte des Nations Unies. L’instabilité des rapports de système entre ordres juridiques”, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, núm. 69, 2007, p. 9.

²⁴ Dicho bloque comprende la Constitución de 1958, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República, la Carta del Medio Ambiente y los principios de valor constitucional (sobre dicho tema véase Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel...*, cit., pp. 101-111).

que han dado un margen interesante en su aplicación y adaptación a la realidad, sin necesidad de constantes reformas constitucionales.

Preámbulo

Queda a criterio de cada Estado incluir un preámbulo, en el cual se hagan referencias generales a cuestiones históricas, ideológicas, de valores, a veces a Dios, objetivos, etcétera.

En algunos casos, a pesar de adoptar una nueva Constitución, se reconocen valores de Constituciones abrogadas, plasmados en su preámbulo, como lo son *los principios necesarios en nuestro tiempo*, previstos en el Preámbulo de la Constitución de 1946 de Francia, el cual forma parte del bloque de constitucionalidad actual, utilizados por el Consejo Constitucional bajo el régimen de la Constitución actual de 1958.²⁵

República o monarquía

Ambas son una opción compatible con un Estado de derecho en que se respeten derechos humanos. En Europa, por razones históricas, a pesar del auge que ha tenido la República, varios países conservan monarquías como el Reino Unido, el Principado de Andorra, Bélgica, Dinamarca, Liechtenstein, Luxemburgo, Mónaco, Holanda, Noruega, el Reino de España, Suecia. Otros países la han abolido, como por ejemplo Italia, Rumania, Grecia. En general, el resto de los países de la Unión Europea son repúblicas.

Aun así hay evolución en los mismos; por ejemplo, si bien Francia se encuentra en la V República desde 1958 a la fecha, hay un debate por la instauración de una VI República, a pesar de las reformas constitucionales de la *Loi constitutionnelle numéro 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République*,²⁶ más no pros-

²⁵ Por ejemplo, el derecho a obtener un empleo previsto en el quinto párrafo del Preámbulo de la Constitución de 1946, utilizado para el control de constitucionalidad por el Consejo Constitucional en la decisión 2010-98 QPC del 4 de febrero de 2011, *Recueil*, p. 208.

²⁶ Sobre el sentido de dichas reformas, su contenido y debates, véase <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-revisions-constitutionnelles/loi-constitutionnelle-n-2008-724-du-23-juillet-2008.16312.html> (consultado el 3 de marzo de 2016).

peró. El debate sigue abierto, en el que se incluye entre otros aspectos atenuar un sistema considerado “sobrepresidencialista”, llamados por algunos “monarquía presidencialista”; en dicha visión se propugna por un mayor equilibrio entre el Gobierno ante el Poder Ejecutivo, fortalecer el sistema parlamentario, tener un sistema de representación más eficaz, reforzar la soberanía directa del pueblo.²⁷ ¿Tales conceptos podrían influenciar en México en su República actual?

Sistema federal o centralizado

“La idea moderna del sistema federal ha sido determinada por los Estados Unidos de América”,²⁸ mismo que influyó en países europeos, en los cuales se presentan Estados federalistas y centralistas.

Como ejemplo de Estados federales se encuentra Austria (con 9 *Bundesländer*),²⁹ la República Federal de Alemania³⁰ (16 *Länder*, cada uno con su gobierno, primer ministro y demás ministros), la Federación Rusa.³¹ Como ejemplo de país con alto grado de centralización se encuentra Francia.

En el caso de los Estados federales, la Constitución debe definir los poderes, facultades de las autoridades federales, así como las de los estados; asimismo, la Constitución debe establecer cuáles materias son federales, cuáles estatales o regionales.

Separación y control de poderes

Es recomendable una clara división de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, y que el Gobierno pueda ser controlado por un Parla-

²⁷ Sobre dicho tema, véase Maurice Duverger, *La VIe République et le régime présidentiel*, Fayard, 1961; Arnaud Montebourg, *La machine à trahir. Rapport sur le délabrement de nos institutions*, Denoël, 2001, quien convocó a una Convención por la VI República; Henry Roussillon, “Le mythe de la VIe République”, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, núm. 52, 2002, p. 707.

²⁸ K. C. Wheare, *Federal Government*, Oxford, University Press, 1947, p. 1, citado por Felipe Tena Ramirez, *Derecho constitucional...*, cit, p. 102. Véase también sobre dicho tema pp. 87-127.

²⁹ Artículo 2o., *Bundesverfassungsgesetz*.

³⁰ Artículo 20, párrafo 1, *Grundgesetz*.

³¹ Artículo 65 de la Constitución rusa.

mento elegido democráticamente. El mismo criterio es aplicable para los actos de autoridades locales o regionales.

Yendo más allá de dicha visión tradicional, en algunas ocasiones, los medios de comunicación son llamados el cuarto poder, debido a su gran influencia en la opinión pública y su capacidad de influir en los resultados electorales.

¿El control del poder se refiere solamente a los poderes públicos?

Al respecto, cabe señalar que un fenómeno que se generaliza a nivel mundial es el relativo a la existencia de poderes que no forman parte del poder público y no obstante tienen “poder”. Sobre dicho punto, una de las exigencias del constitucionalismo contemporáneo consiste en que la oposición de derechos fundamentales no es suficiente desde un punto de vista vertical, sino que también debe comprender el plano de la afectación de dichos derechos ante poderes privados.³²

En realidad, un genuino Estado de derecho implica la sumisión del poder al derecho en un adecuado balance, de manera tal que sea esencial el respeto de los derechos fundamentales, sea ante poderes públicos y poderes privados.

Sobre dicha protección, en el caso de México es de resaltar el reconocimiento expreso previsto en la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuyo artículo 5o., fracción II, comprende como parte del juicio de amparo a la autoridad responsable entendida como aquélla que “con independencia de su naturaleza formal, dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omite el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas”. Para los efectos de dicha Ley, “los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que

³² Sobre dicho aspecto, véase Rodrigo Labardini, “La violación de los derechos humanos por los particulares”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, Escuela Libre de Derecho, núm. 26, 2002, p. 533; Jean Rivero, “La protection des droits de l’homme dans les rapports entre personnes privées”, *René Cassin. Amicorum Discipulorumque Liber. La protection des droits de l’homme dans les rapports entre personnes privées*, Pédone, Institut International des Droits de l’Homme, 1969, pp. 311-322.

afecten derechos en los términos de [dicha fracción], y cuyas funciones estén determinadas por una norma general.³³

Democracia

La misma debe ser fortalecida tanto a nivel nacional como a nivel regional, en su caso; lo anterior está relacionado con la responsabilidad de los sujetos que actúan con carácter de autoridad.

Cabe precisar que la limitación a los poderes supone una visión pluralista de la democracia que se caracteriza por el respeto de los derechos, en donde los representantes no son soberanos sino delegados del poder.³⁴

En efecto, “la democracia no se limita a la supremacía de las mayorías sino que exige un equilibrio que asegure a las minorías un trato justo y que evite el abuso de toda posición dominante”.³⁵

Es decir, la legitimación en una democracia no se reduce a una democracia política ligada a la simple representación, o expresión de la voluntad de las mayorías, sino que su fundamento se encuentra en la intangibilidad de los derechos fundamentales, es decir, en una “democracia substancial”.³⁶

Tipos de Parlamento

La Constitución lo define, ya sea en una sola cámara o dos cámaras. Por ejemplo, el *Bundestag* y el *Bundesrat* en Alemania; la Asamblea Nacional y el Senado en Francia, la Cámara de los Comunes y Cámara de los Lores en el Reino Unido; la Cámara de Diputados y el Senado en México.

³³ Sobre dicho tema, véase Ana Ruth Herrera Gómez, *La introducción del juicio de amparo en el sistema jurídico francés*, México, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, pp. 470-491.

³⁴ José Ramón Cossío Díaz, *Constitución, tribunales y democracia*, México, Themis, 1998, pp. 63-69.

³⁵ CorteEDH, *Chassagnou y otros vs. Francia*, 29 de abril de 1999.

³⁶ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 25-28.

Dicho rubro está relacionado con el tipo de deberes, privilegios y responsabilidades de los miembros del Parlamento; por ejemplo, el derecho y responsabilidad de cada integrante del Parlamento a actuar conforme a su propia conciencia, a pesar de las líneas o directivas del partido al que pertenezca cuando se tengan que tomar decisiones o votar reunidos en Parlamento.

Así también es de reconocer la participación o relación de los miembros de Parlamento con otros grupos de poder, y cómo ello puede influenciar en las decisiones que tomen; en todas partes del mundo, los intereses de grupos poderosos se hace presente, en ocasiones llegando a superar o al menos igualar el poder del Estado, para lo cual es recomendable que se establezcan reglas respecto a *lobbying* en el Parlamento.³⁷

Derechos fundamentales

Cualquier Estado miembro del Consejo de Europa tiene que respetar el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950. Los derechos considerados estandarizados son: el derecho a la vida, derecho a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos, prohibición de la esclavitud o trabajos forzados, derecho a la libertad y a la seguridad, derecho a un proceso equitativo, no aplicación de pena sin ley, derecho al respeto a la vida privada y familiar, libertad de pensamiento, conciencia y religión, libertad de expresión, libertad de reunión y asociación, derecho a contraer matrimonio, derecho a un recurso efectivo, prohibición de discriminación; asimismo se prevé el estado de emergencia (como en el caso de combate al terrorismo, sin embargo, hay que cuidar las restricciones a dere-

³⁷ En los países democráticos todos los sectores deben ser escuchados; esto se señala en el artículo 11 del Tratado de la Unión Europea. En el Parlamento se puede escuchar a grupos de interés, más no ser pagados o recibir beneficios por parte de ellos para defender sus intereses en el proceso legislativo; sin embargo, el poder que llegan a ostentar dichos grupos, en ocasiones supera los controles del Estado, por lo que es importante establecer reglas claras, transparencia y eficacia real de los controles. Por ejemplo, en Suiza, en junio de 2015, el Grupo Social Demócrata del Parlamento estableció una lista de reglas para el *lobbying*, las cuales aún se encuentran en discusión; www.tagesanzeiger.ch/dossiers/schweiz/dossier2.html. En Alemania, el presidente del *Bundestag* tiene la lista de los grupos registrados y autorizados para *lobbying*, así como de sus representantes.

chos humanos). A través del Protocolo Adicional de 1952 se agregó el derecho a la propiedad, el derecho a la educación, derecho a elecciones libres. Mediante el Protocolo de 1963 se incluyó la prohibición de prisión por deudas, libertad de circulación, no expulsión de nacionales.

No es necesario que las Constituciones estén redactadas en los mismos términos, lo que importa es que no sean contrariados en su aplicación e interpretación dichos derechos, los cuales pueden ser adicionados como el derecho de asilo, derecho a la movilidad, derecho a escoger profesión, etcétera.

En cuanto al contenido de las leyes, particularmente en materia de derechos humanos, se recomienda que la pena de muerte se encuentre excluida de manera expresa en el texto constitucional.

El apartado de derechos fundamentales es importante en una Constitución, así como también los términos de las restricciones en caso de estados de emergencia, debiendo ser estos estados en lo posible en grado proporcional a la situación que los determina.

Sobre el tema de restricciones en estados de emergencia, y la protección a derechos humanos, el artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé no solamente los supuestos y condiciones, sino que limita los términos y contenido de los derechos a suspender.

Al respecto establece que

en los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo *por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona*.

Asimismo, no puede

restringirse *ni suspenderse el ejercicio de los derechos a* la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad per-

sonal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar *fundada y motivada* en los términos establecidos por esta Constitución y *ser proporcional al peligro a que se hace frente*, observando en todo momento los *principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación* y los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión, serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad.

Protección de minorías

En general, diversos países tienen grupos minoritarios y la Constitución ha de contener disposiciones con el fin de protegerlos de discriminación, darles acceso a la educación, sistemas de salud, vivienda y mercado laboral, la promoción de su cultura y uso de sus lenguas.³⁸

El concepto de minorías generalmente hace referencia a grupos étnicos o distintos a la mayoría de la población que se han establecido en el país por gran tiempo. En ocasiones, tales minorías se encuentran en el origen mismo del país; resulta que a los de dicho origen se les reconocen derechos. Más aún, a veces son violentados en sus raíces, sus valores culturales y espirituales por incompreensión o ignominia por parte de aquéllos que pretenden interpretar a la luz de sistemas cognitivos en una visión de mundo ajena a los mismos.

En el artículo 2o. de la Constitución mexicana se reconoce que México tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas, su derecho a la libre determinación y organización social, económica, política y cultural, respetando los derechos humanos y de manera relevante los de la dignidad e integridad de las

³⁸ Véase la Convención Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, del 1o. de febrero de 1995 (núm. 157, Council of Europe Treaty Series).

mujeres; la preservación y enriquecimiento de su identidad; derecho a acceder a cargos públicos y de elección popular; acceso a las formas y modalidades de propiedad; acceso a la jurisdicción del Estado; impulso de sus economías; programas educativos que reconozcan la herencia cultural de sus pueblos; protección de sus derechos laborales, entre otros.

No obstante, ¿hasta qué grado en dicha nación que reconoce en la Constitución que “sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país”, se respeta de manera efectiva sus derechos?, ¿máxime ante grupos privados con capacidad arrolladora de afectar su esfera jurídica, y en ocasiones ligados al poder público y sus intereses?

Estado y religión

Mientras que la libertad religiosa se encuentre garantizada, el Estado puede participar en una religión oficial. Por ejemplo, en el caso del Reino Unido, la reina es la cabeza de la Iglesia Anglicana.³⁹ En Turquía, el islam fue la religión del Estado. En Rusia, la Iglesia Ortodoxa ha influenciado considerablemente en política.⁴⁰ En casi todos los demás países de la UE el Estado es neutral y no favorece ninguna religión en particular, pero hay diferencias; por ejemplo, en ocasiones hay relaciones de cooperación con la Iglesia. En otros, como en el caso de Francia, la *laïcité* prohíbe ciertos símbolos religiosos en público, por ejemplo los manifestamente ostentatorios de la pertenencia a una religión, lo cual ha sido un tema controversial.⁴¹

En ocasiones, la Constitución define la relación entre el Estado y las varias religiones de las comunidades o credos y su estatus. Por ejem-

³⁹ Es una situación excepcional derivada de una situación histórica en la que al rey Enrique VIII le fue negada por el papa Clemente VII la anulación de su matrimonio con Catalina de Aragón. En consecuencia se autonombró cabeza de la Iglesia de Inglaterra y pudo contraer matrimonio con Ana Bolena. Así, se separó la Iglesia Anglicana de la Iglesia Católica; la reina de Inglaterra aún conserva el título de *Supreme Governor of the Church of England*.

⁴⁰ Amy Liedy, *The Orthodox Church and Russian Politics*, Wilson Centre, Kennan Institute, 20 de diciembre de 2011.

⁴¹ Véase el proyecto de ley; disponible en <http://www.senat.fr/rap/103-219/103-21910.html> (consultado el 14 de marzo de 2016).

plo, si tienen un estatus legal o si son reconocidas como corporaciones de derecho público, como el caso de Alemania.⁴²

En Alemania el Estado acepta recaudar impuestos a través de las Iglesias con estatus de corporaciones de derecho público; por ejemplo, de parte de los miembros de la Iglesia, como es el caso de la Iglesia Católica y la Iglesia Luterana.⁴³

Otro aspecto que también debe ser considerado es la participación del Estado en la financiación para la preservación de monasterios, iglesias, mezquitas, sinagogas, clasificados o que podrían ser clasificados como monumentos históricos.

Por otra parte, aun considerando el concepto “laico”, es de reconocer el papel privilegiado que han tenido ciertas iglesias al haber contribuido culturalmente a mantener la nación unida, y/o por su participación en lograr la independencia. Por ejemplo, la Iglesia ortodoxa, en Grecia, Rumania, Rusia.

Es de señalarse que en el caso de México, si bien primordialmente se consagra la libertad religiosa en el artículo 24 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en el artículo 130 constitucional⁴⁴ se prevén principios de separación Iglesia-Estado, en adición

⁴² El artículo 140 de la *Grundgesetz* establece que las disposiciones del artículo 136, 137, 138, 139 y 141 de la Constitución de Alemania de 11 de agosto de 1919 forman parte de la *Grundgesetz*. El artículo 137, párrafo 5, de la Constitución Alemana de 1919, reconoce que las comunidades religiosas permanecen como corporaciones de derecho público, mientras hayan gozado de dicho estatus con anterioridad (tal es el caso de la Iglesia Católica, la Iglesia Luterana y la Iglesia Protestante).

⁴³ Artículo 137, párrafo sexto, de la Constitución Alemana de 1919, cuya disposición conservó vigencia y fue reconocida como parte de la *Grundgesetz* a través del artículo 140 de la misma. Los diferentes *Länder* pueden recaudar impuestos a través de las Iglesias; las oficinas tributarias locales tienen los datos de los contribuyentes a través de contratos celebrados entre el *Land* y la Iglesia. Véase Felix Hammer, *Rechtsfragen der Kirchensteuer (Legal Questions concerning the Church Tax)*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002.

⁴⁴ Artículo 130. El principio histórico de la separación del Estado y las iglesias orienta las normas contenidas en el presente artículo. Las iglesias y demás agrupaciones religiosas se sujetarán a la ley. Corresponde exclusivamente al Congreso de la Unión legislar en materia de culto público y de iglesias y agrupaciones religiosas. La ley reglamentaria respectiva, que será de orden público, desarrollará y concretará las disposiciones siguientes: a) Las iglesias y las agrupaciones religiosas tendrán personalidad jurídica como asociaciones religiosas una vez que obtengan su correspondiente registro. La ley regulará dichas asociaciones y determinará las condiciones y requisitos para el registro

a la educación laica prevista en el artículo 3o. de dicha Constitución, el alcance de la relación Iglesia(s)-Estado y las cuestiones mencionadas en párrafos anteriores, entre otros, también pueden dar lugar a un debate en la materia con un alcance más amplio del tradicional en México, principalmente a la luz de la aplicación del artículo 1o., segundo párrafo, de su Constitución que 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”.

Una Corte Constitucional

Cada Constitución ha de prever una Corte Constitucional encargada de velar y controlar el respeto de los derechos constitucionales. Algunas de las garantías mínimas del derecho a un tribunal, y que deben también reflejarse en los tribunales constitucionales, se mencionan a continuación.

La imparcialidad implica la ausencia de prejuicios del juez respecto al caso concreto, tanto desde un punto de vista objetivo como subjeti-

constitutivo de las mismas. b) Las autoridades no intervendrán en la vida interna de las asociaciones religiosas. c) Los mexicanos podrán ejercer el ministerio de cualquier culto. Los mexicanos así como los extranjeros deberán, para ello, satisfacer los requisitos que señale la ley. d) En los términos de la ley reglamentaria, los ministros de cultos no podrán desempeñar cargos públicos. Como ciudadanos tendrán derecho a votar, pero no a ser votados. Quienes hubieren dejado de ser ministros de cultos con la anticipación y en la forma que establezca la ley, podrán ser votados. e) Los ministros no podrán asociarse con fines políticos ni realizar proselitismo a favor o en contra de candidato, partido o asociación política alguna. Tampoco podrán en reunión pública, en actos del culto o de propaganda religiosa, ni en publicaciones de carácter religioso, oponerse a las leyes del país o a sus instituciones, ni agraviar, de cualquier forma, los símbolos patrios. Queda estrictamente prohibida la formación de toda clase de agrupaciones políticas cuyo título tenga alguna palabra o indicación cualquiera que la relacione con alguna confesión religiosa. No podrán celebrarse en los templos reuniones de carácter político. La simple promesa de decir verdad y de cumplir las obligaciones que se contraen, sujeta al que la hace, en caso de que faltare a ella, a las penas que con tal motivo establece la ley. Los ministros de cultos, sus ascendientes, descendientes, hermanos y cónyuges, así como las asociaciones religiosas a que aquéllos pertenezcan, serán incapaces para heredar por testamento, de las personas a quienes los propios ministros hayan dirigido o auxiliado espiritualmente y no tengan parentesco dentro del cuarto grado.

vo.⁴⁵ La imparcialidad objetiva consiste en la transparencia de elementos evidentes respecto a la composición y organización del tribunal.⁴⁶ La imparcialidad subjetiva se refiere a la persona del juez y de sus convicciones.

La independencia se refiere a la ausencia de presión exterior para pronunciarse en determinado sentido en un asunto, y que el mismo sea conforme a derecho.

La celeridad del procedimiento, en donde para determinar el carácter razonable de los plazos para resolver un asunto es de tomarse en cuenta la complejidad del mismo, el comportamiento y situación del actor, la calidad de las autoridades judiciales, entre otros aspectos.⁴⁷

El principio de contradicción es una condición necesaria del derecho de defensa, la cual es “inmanente y universal en la conciencia jurídica”.⁴⁸ La igualdad de armas es una condición de equilibrio entre las partes a fin de que puedan hacer valer su defensa en condiciones de igualdad ante el juez.⁴⁹

Al respecto, en Francia, el Consejo Constitucional no ha sido reconocido abiertamente como Corte Constitucional, a pesar de haber sido ello deseable a través de la reforma constitucional, en virtud de la Ley constitucional número 2008-724 del 23 de julio de 2008 relativa a la modernización de las instituciones de la Quinta República;⁵⁰ asimismo, la aplicación del principio de contradicción ha sido cuestionable, ya

⁴⁵ Sobre dicho tema, véase Fabienne Quilleré-Majzoub, *La défense du droit à un procès équitable*, prefacio de Louis Edmond Pettiti, E. Bruylant Editions Nemesis, 1999, pp. 205-208. También véase CorteDH *Piersack vs. Bélgica*, 1o. de octubre de 1982, CorteEDH *Meznaric vs. Croacia*, 15 de julio de 2005, CorteEDH *Sparc et Kavnic vs. Eslovenia*, 8 de febrero de 2007.

⁴⁶ CorteEDH, *Hauschildt vs. Dinamarca*, 24 de mayo de 1989.

⁴⁷ CorteEDH, *König vs. Alemania*, 28 de junio de 1978.

⁴⁸ O. Schrameck, “Quelques observations sur le principe du contradictoire”, *Mélanges G. Braibant, L'État de Droit*, Dalloz, 1997, p. 629, citado por Laure Milano, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, prefacio de Frédéric Sudre, París, Dalloz, 2006, p. 511.

⁴⁹ CorteEDH, *Nideröst-Huber*, 18 de febrero de 1997.

⁵⁰ Véase http://www.assemblee-nationale.fr/13/dossiers/reforme_5eme.asp (consultado el 10 de marzo de 2016) y <http://www.senat.fr/dossier-legislatif/pjl07-365.html> (consultado el 10 de marzo de 2016). Véase Dominique Rousseau, “Pour une Cour constitutionnelle”, *RDP*, 2002, pp. 362-775.

que las partes solamente presentan sus observaciones ante el Consejo Constitucional.⁵¹

En cuanto al modo de designación de los miembros, tanto en el caso de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (SCJN) como en el del Consejo Constitucional francés, hay intervención del presidente con las diferencias siguientes. Los ministros de la SCJN son designados por el Senado de entre la terna que someta a su consideración el presidente de la República; el Consejo Constitucional está conformado por nueve miembros, de los cuales tres miembros son nombrados por el presidente de la República, tres por el presidente de la Asamblea nacional y los tres restantes por el presidente del Senado.

Si bien es inevitable cierta politización de las designaciones de los miembros de las máximas instancias que controlan la constitucionalidad de la ley, pueden matizarse los modos de designación y requisitos para ser candidato a tales cargos, por ejemplo en el grado de conocimientos solicitados, experiencia en la función judicial, etcétera.⁵²

Presupuesto y recursos públicos

La Constitución debe ser clara en cuanto a que sea el Parlamento y no el Gobierno, el que determine el presupuesto público. Si bien es cierto que el Gobierno puede preparar el proyecto respectivo, estimar costos, etcétera, la última palabra en materia presupuestaria debe ser determinada a través del Parlamento. Asimismo, es recomendable un auditor que intervenga en materia de gasto público.

Los Estados requieren recursos financieros, para lo cual la Constitución ha de precisar los tipos de ingresos como los impuestos, las bases del sistema impositivo y recaudatorio, así como la administración de los mismos, tanto a nivel nacional como a nivel regional, en su caso.

Asimismo, en la Constitución han de preverse las condiciones para la nacionalización de propiedades, negocios, bancos, instalaciones petroleras, etcétera.

⁵¹ Véase artículo 23-10 de la *Loi organique no. 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*.

⁵² Sobre dicho tema, véase Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel...*, cit., p. 38.

Partidos políticos

Dentro de los aspectos a subrayar, está el relativo al rol de los partidos políticos, los criterios para su creación, la transparencia financiera de los mismos; esto último de manera tal que la población conozca quién está financiando los partidos o de dónde obtienen sus recursos.

En caso de que se trate de partidos con tendencias autoritarias, cuyo contenido ideológico sea contrario al respeto efectivo de derechos humanos y de un Estado de derecho, los mismos han de ser prohibidos; sin embargo, las reglas y procedimientos para ello han de ser claras.⁵³

El control de su elección y de su actuación también es importante. Como ejemplo de dichas disposiciones, en el caso de Francia, es el Consejo Constitucional el que controla las elecciones presidenciales (artículo 58 constitucional), elecciones legislativas (artículo 59 constitucional) y de referéndum (artículo 60 constitucional). En México, el Tribunal Electoral será, con excepción de lo dispuesto en la fracción II del artículo 105 de esta Constitución, la máxima autoridad jurisdiccional en dicha materia (artículo 99 constitucional).

Reformas constitucionales

En principio, el poder constituido es competente para reformar la Constitución más no para destruirla, ya que esto sería un contrasentido con las disposiciones constitucionales que determinan condiciones y límites para una reforma constitucional.⁵⁴

En general, podría considerarse que el poder constituyente derivado es un poder constituido limitado por la Constitución, en donde el poder constituyente originario es soberano de “la misma manera en que Dios puede hacer todo salvo dejar de ser Dios, el poder soberano puede hacer todo salvo renunciar a su soberanía”.⁵⁵

⁵³ Por ejemplo, el artículo 21, párrafo segundo, de la *Grundgesetz* prevé que los partidos cuyos objetivos o comportamiento de sus seguidores sean contrarios al orden liberal democrático o sean un peligro para la existencia de la República Federal Alemana son inconstitucionales (y la Corte Constitucional decide sobre dicha inconstitucionalidad).

⁵⁴ Emilio Rabasa, *La Constitución y la dictadura. Estudio sobre la organización política de México*, México, Tipografía de Revista de Revistas, 1912, p. 320.

⁵⁵ M. Vedel, *Cours de droit constitutionnel*, París V, 1955, p. 422.

Sin embargo, esto tiene matices. De hecho, la rigidez absoluta en materia constitucional es la inmutabilidad constitucional, la cual no existe, ya que sería una invitación a la revolución, debido a que para cambiar el orden constitucional sería necesario invertir el orden jurídico.

¿Cuáles son los límites? ¿Cómo se observa ello tratándose de la parte dogmática de la Constitución como respecto a los procedimientos de reforma constitucional?⁵⁶

Medio ambiente

En virtud del repunte por el cambio climático es recomendable prever en la Constitución disposiciones para la protección ambiental; por ejemplo, limitaciones y prohibiciones para actividades industriales que dañen al medio ambiente, controles, etcétera.

A nivel constitucional, en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se encuentra previsto expresamente el derecho de toda persona a “un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley”.

Asistencia y solidaridad internacional

De manera no obligatoria ha de promoverse la solidaridad internacional en caso de desastres naturales, hambre, persecuciones ideológicas, etcétera.

Este es el caso, por ejemplo, del derecho de asilo, ya sea previsto expresamente en el texto constitucional o que se derive de los compromisos internacionales. Por ejemplo, en el caso de Francia, dicho derecho ha sido reconocido en virtud del Preámbulo de la Constitución de 1946, que forma parte del bloque de constitucionalidad. Asimismo, ha sido reconocido como principio de valor constitucional a través de la decisión del Consejo Constitucional del 13 de agosto de 1993, así como de los compromisos internacionales, como es la Convención de Génova sobre el Estatuto de los Refugiados, del Derecho Europeo, del

⁵⁶ Sobre dicho tema, véase Ana Ruth Herrera Gómez, *op. cit.*, pp. 323-343.

Reglamento (UE) núm. 604/2013 del 26 de junio de 2016 relativo a los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable de demanda de protección internacional (Reglamento Dublín), de la directiva 2011/95/UE del 13 de diciembre de 2011, y las respectivas directivas del 26 de junio de 2013.⁵⁷

Seguridad y defensa nacional

Los elementos a incluir son: para qué propósitos se ha de utilizar a la Armada; si ha de estar compuesta únicamente por profesionales o también por miembros temporales; si el servicio militar será obligatorio o en su caso aplica algún servicio civil; quién es el jefe de las fuerzas armadas; quién está autorizado para declarar la guerra; si la intervención de la Armada requiere autorización del Parlamento; la intervención del Ejército en caso de desastres naturales.

Transporte, correos, telecomunicaciones

Se ha de prever si el sistema de transporte como vías, caminos, tráfico aéreo, terrestre, marítimo serán o no propiedad del Estado o qué condiciones imperarán; las condiciones de una aerolínea nacional, en su caso; definir si el sistema de telecomunicaciones será o no monopolio, las directrices relativas a la intervención de la iniciativa privada.

Los símbolos nacionales, como la bandera, el himno nacional, el idioma

En general, en la Constitución se determina la ciudad que será capital del Estado, disposiciones sobre la bandera nacional, cuál o cuáles son los idiomas oficiales, así como sobre el himno nacional.

⁵⁷ En realidad, este tema es una de las mayores preocupaciones a considerar por la comunidad internacional, que comprende a desplazados, víctimas de persecuciones, exilio, conflictos armados, y consecuentemente violaciones graves de derechos humanos que se siguen perpetrando, en donde la conciencia humanitaria internacional se encuentra ante situaciones humanas muy vulnerables, y afectaciones causadas por el mismo hombre y su inconsciencia. Sobre dicho tema, véase *Les réfugiés dans le monde. Cinquante ans d'action humanitaire*, Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés, 2000.

Respeto a la ley

El combate a la corrupción ha sido una prioridad en casi todos los países europeos. Al respecto, la Constitución ha de establecer bases o directrices a fin de asegurar que se dé cumplimiento a la ley; por ejemplo, obligando a los servidores públicos de alto rango a rendir cuentas, así como declarar sus ingresos y propiedades.

Normas y su jerarquía

En principio, la Constitución es la norma suprema, y en la misma se prevén otro tipo de normas, leyes constitucionales, leyes ordinarias, tratados internacionales, reglamentos, ordenanzas, decretos, estatutos, etcétera.

Dicho tema será tratado en el apartado siguiente del presente escrito, en lo que se refiere a la jerarquía normativa de los tratados internacionales y el control de convencionalidad.

LA PROTECCIÓN DE DERECHOS DESDE
UNA PERSPECTIVA INTERNACIONAL
Y EL JUICIO DE AMPARO. REFLEXIONES
COMPARATIVAS SOBRE EL CONTENCIOSO
CONSTITUCIONAL MEXICANO Y FRANCÉS

En la primera mitad del siglo XX, ya se hacía referencia a que “el verdadero ideal humanitario que tiende a hacer del hombre un verdadero ciudadano del mundo, consiste en colocar los derechos del hombre y del ciudadano bajo la garantía del derecho internacional y en establecer la protección internacional”.⁵⁸ Sin embargo, los tiempos no estaban suficientemente maduros para dicho concepto, y fue la Segunda Guerra Mundial que demostró que la paz es incompatible con el concepto de soberanía absoluta.

Más allá de “derechos del hombre y del ciudadano”, cabe resaltar la noción de derecho fundamental y su protección efectiva, en donde

⁵⁸ N. Politis, *Les nouvelles tendances du droit internationale*, París, 1947, p. 49, citado en Felipe Tena Ramírez, *Derecho constitucional mexicano...*, cit., p. 33.

destacan los tratados internacionales en la materia, al proteger derechos humanos, que pueden ser elevados a la categoría de fundamental, según se trate.

Al respecto, el derecho fundamental puede ser entendido a la luz de cuatro criterios principalmente.⁵⁹

- 1) Fundamental, en razón del sujeto del derecho: el hombre; es decir, es inherente al mismo, el cual es el fundamento de todo derecho, de tal manera que se aplica a todos, independientemente de su estatus legal. Al respecto, las personas morales pueden ser objeto de los mismos, aunque la amplitud de su campo de aplicación es discutible.
- 2) Fundamental, en razón de la fuente de derechos y de su posición en la jerarquía de normas, ya sean extrajurídicas (por ejemplo de la naturaleza), ya sea jurídicas (generalmente previstos en las normas de mayor jerarquía).
- 3) Fundamental, en razón de una función de identidad y de coherencia del sistema jurídico. Es decir, son fundamento del sistema jurídico al que pertenecen, sin el cual el mismo perdería su coherencia, siendo por ende condición *sine qua non*.
- 4) Por su proximidad comparativa. La cual deriva de la calificación similar de dichos derechos en otros sistemas jurídicos, lo cual se relaciona con el carácter universal de los mismos, valores o elementos comunes que subyacen en ellos.

De tal manera, los derechos fundamentales son solamente una parte de los derechos constitucionales y de los derechos humanos, no todos ellos de carácter constitucional, y su protección es indispensable. De carecer de dicha protección, ¿podría cuestionarse si se carece de Constitución retomando el espíritu del artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789?

Sobre dicho tema, se señala que la tendencia internacional va en sentido de considerar la creación de normas jurídicas dentro de un contexto mundial, tanto en lo que se refiere al contenido de las leyes

⁵⁹ En tal sentido, véase Véronique Champeil-Desplats, “La notion de droit ‘fondamental’ et le droit constitutionnel français”, *Recueil Dalloz Sirey de doctrine, de jurisprudence et de législation*, Cahier no. 42, 1995, pp. 323-329.

provenientes del Poder Legislativo, como respecto del contenido de los tratados internacionales de los cuales los Estados sean parte, o bien sin ser parte de los mismos, considerando su influencia en razón de la evolución de los derechos humanos.

¿Reconocer el valor rector de los tratados internacionales en materia de derechos humanos respecto de la Constitución va más allá del concepto clásico de separación de poderes? Lo anterior, considerando que las leyes en sentido formal son resultado del Poder Legislativo, y los tratados internacionales son negociados por el Ejecutivo. ¿Constituyen éstos a su vez un límite al poder constituyente, o es el mismo poder constituyente que al reconocer una jerarquía normativa superior de los tratados respecto de la ley, y que los mismos en ocasiones puedan ser parte del bloque de constitucionalidad, acepta un límite a dicho poder?⁶⁰

George Vedel responde por una negativa a la existencia de normas jurídicas supraconstitucionales, al considerar que quedan fuera de la competencia del poder constituyente por las siguientes razones:⁶¹ el concepto de normas jurídicas supraconstitucionales es lógicamente inconcebible y la supraconstitucionalidad es peligrosa para un orden jurídico democrático. Esto es, ello supondría que existen reglas superiores a la Constitución, y para detectarlas sería darle al juez el poder constituyente, y por tanto no habría objetividad.

Consideramos que parte de dicha supraconstitucionalidad se encuentra en la sociedad internacional, sobre todo tratándose de derechos fundamentales a ser protegidos primeramente por los Estados, y velados dentro de un contexto internacional.

A continuación se abordarán algunas reflexiones sobre la protección de los derechos humanos a través de los tratados internacionales en virtud de la influencia de la normatividad internacional, la cual pue-

⁶⁰ Sobre dicho tema, véase L. Konan, *Le transfert du pouvoir constituant originaire a une autorité internationale*, Nancy, Université Nancy 2, 2007; C. Lekeufack, *Les sources internationales du pouvoir constituant. Contribution à la théorie du pouvoir constituant*, París, 2005; Didier Maus, "L'influence internationale sur l'exercice du pouvoir constituant", *Le renouveau du constitutionnalisme. Mélanges Gérard Conac*, París, Economica, pp. 87-102.

⁶¹ En tal sentido, Georges Vedel, "Souveraineté et supraconstitutionnalité", *Pouvoirs*, 67, PUF, 1993, pp. 81-97.

de llegar a ser considerada como parte del bloque de constitucionalidad interno, para lo cual se tomará una referencia comparativa del sistema jurídico mexicano con el francés

En términos del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dicha “Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión”. En su artículo 1o. se consagra lo siguiente:

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.

Por su parte, en el artículo 55 de la Constitución francesa se establece que “los tratados o acuerdos regularmente ratificados o aprobados tienen, desde su publicación, una autoridad superior a la de las leyes, bajo reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte”.

Se precisa que en la Constitución francesa está previsto un control de constitucionalidad *a priori* de los tratados internacionales, en donde se establece expresamente en el artículo 54 constitucional que si en dicho control de constitucionalidad *a priori*, el cual es ejercido por el Consejo Constitucional, accionado por el presidente de la República, el primer ministro, por el presidente de la Asamblea Nacional o Senado, por sesenta diputados o sesenta senadores, se determina que un tratado internacional es contrario a la Constitución, la aprobación o ratificación del tratado no puede llevarse a cabo, sino una vez que haya sido modificada la Constitución.

Así, en el sistema francés, por una parte se reconoce que la Constitución tiene una jerarquía superior a los tratados internacionales y éstos respecto de las leyes. Sin embargo, implícitamente y a fin de que

jurídicamente ello sea así, en caso de detectarse que el tratado no es conforme a la Constitución, ésta es modificada para que su contenido sea conforme al tratado internacional respectivo, y a su vez éste sea constitucional. ¿Implícitamente podría operar una supraconstitucionalidad de los tratados internacionales o simplemente se reconoce que su valor y contenido normativo puede llegar a influenciar el orden jurídico interno?

Tratándose de la jerarquía de los tratados internacionales y su relación con el derecho constitucional, en el caso de control de convencionalidad, ¿se trata de un control de constitucionalidad?

Al respecto, en la resolución dictada por el Tribunal Pleno de la SCJN en el expediente varios 912/2010, publicada en el *Diario Oficial* del 4 de octubre de 2011, se prevé en el considerando séptimo, “el control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad”, y cómo ejercer dicho control. En la misma se hace referencia a la interpretación, atendiendo a los siguientes pasos:

a) Interpretación conforme en sentido amplio. Ello significa que los jueces del país, al igual que todas las demás autoridades del Estado mexicano, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

b) Interpretación conforme en sentido estricto. Ello significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquélla que hace a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, *para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos*.

c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Ello no afecta o rompe con la lógica del principio de división de poderes y del federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte. [Las cursivas son mías].

Sobre ello, es de resaltar el voto particular que formuló en dicho expediente 912/2010 la ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, quien precisó se aparta de las consideraciones relativas al ejercicio del control difuso de la constitucionalidad de los actos de autoridad, y hace referencia al contenido del tercer párrafo del artículo primero constitucional que establece que “todas las autoridades en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar sus derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, indivisibilidad y progresividad”, y responde en sentido negativo a la cuestión consistente en si un juez ordinario tiene competencia para declarar la inaplicación de un artículo contrario a la Constitución, al considerar que es una facultad exclusiva del Poder Judicial federal, señalando lo siguiente:

Si estamos en presencia del sistema de control de regularidad constitucional o legal, debe prevalecer la de mayor jerarquía, es decir, la norma más general. Pero para la aplicación de un procedimiento en que no está previsto el control de regularidad debe preferirse la aplicación de la norma de menor jerarquía. Así, un Juez ordinario no puede negarse a cumplir una sentencia con el pretexto de que es ilegal o inconstitucional, pues carece de facultades para ello. Pero un Juez de amparo sí puede estimar inaplicable una norma inferior por ser violatoria de una superior.

[...]

aún más, el criterio que ha sostenido la mayoría del Tribunal Pleno permitirá al gobernado solicitar de los tribunales administrativos y de los jueces ordinarios que dejen de aplicar una ley, por considerarla contraria a la Constitución y a los tratados internacionales, con la subsecuente obligación para la autoridad jurisdiccional de hacerse cargo de argumentos de inconstitucionalidad de leyes.

En cuanto a ello, a continuación se refiere la situación del sistema jurídico francés, cuyo control de constitucionalidad se considera en principio un sistema de control concentrado, a cargo del Consejo Constitucional, y en el que se ha llegado a considerar que el control de convencionalidad no es un control de constitucionalidad, y que por tanto corresponde a los jueces ordinarios el mismo.

Desde la decisión IVG, 54-DC del 15 de enero de 1975,⁶² el Consejo Constitucional determinó que una ley contraria a un tratado no es por ello contraria a la Constitución, por lo cual no corresponde al Consejo Constitucional examinar la conformidad de una ley a las estipulaciones de un tratado o convenio internacional.

Como consecuencia, la Corte de Casación aceptó su competencia para hacer valer la primacía de un tratado sobre la ley y descartar la ley.⁶³ Por su parte, en principio el Consejo de Estado rehusó controlar la primacía de un tratado internacional sobre la ley;⁶⁴ sin embargo, con

⁶² Decisión 54 DC del 15 de enero de 1975, IVG, comentada en *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, cit. pp. 303-326. “1. Considerando que el artículo 61 de la Constitución no otorga al Consejo constitucional un poder general de apreciación y de decisión idéntica a la del Parlamento, sino únicamente de la conformidad a la Constitución de las leyes que son denunciadas ante él. 2. Considerando, en primer lugar, que en términos de lo previsto en el artículo 55 de la Constitución: “los tratados o acuerdos regularmente ratificados o aprobados tienen, desde su publicación, una autoridad superior a la de las leyes, bajo reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte. 3. Considerando que, si tales disposiciones otorgan a los tratados, bajo las condiciones que establezcan, una autoridad superior a la de las leyes, ellas no prescriben ni implican que el respecto de dicho principio deba ser asegurado en el marco del control de conformidad de las leyes a la Constitución previsto en el artículo 61 constitucional. 4. Considerando, en efecto, que las decisiones tomadas en aplicación del artículo 61 de la Constitución revisten un carácter absoluto y definitivo, tal como se desprende del artículo 62 constitucional que constituye un obstáculo a la promulgación y entrada en vigor de toda disposición declarada inconstitucional; por el contrario, la superioridad de los tratados sobre las leyes, cuyo principio se encuentra plasmado en el artículo 55 mencionado tiene un carácter relativo y contingente, limitado al campo de aplicación del tratado y subordinado a una condición de reciprocidad [...]. 5. Considerando que una ley contraria a un tratado no podría, por lo tanto, ser contraria a la Constitución. 6. Considerando que el control del principio enunciado en el artículo 55 de la Constitución no podría ser realizado en el marco del artículo 61, en razón de la diferencia de naturaleza de ambos controles. 7. Considerando que, bajo tales condiciones, no corresponde al Consejo constitucional, accionado en virtud del artículo 61 constitucional, revisar la conformidad de las estipulaciones de un tratado o de un convenio internacional”.

⁶³ Corte de Casación, sala mixta, 24 de mayo de 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*. “Dado que el tratado del 25 de marzo de 1958 (tratado de Roma), el cual, en virtud del artículo (55) mencionado de la Constitución, tiene una autoridad superior a la de las leyes, instituye un orden jurídico propio integrado al de los Estados miembros; que en razón de tal particularidad, el orden jurídico que ha creado es directamente aplicable a los extranjeros de dichos Estados y se impone a sus jurisdicciones”. D. 1975, conclusiones Touffait, p. 497.

⁶⁴ CE de 1o. de marzo de 1968, *Syndicat général des fabricants de semoule en France*, núm. 62814, AJDA, 1968, pp. 235-239, conclusiones Questiaux.

posterioridad, a través de su ejecutoria *Nicolo*, el juez administrativo aceptó pronunciarse y hacer valer la supremacía de los tratados internacionales sobre la ley.⁶⁵

Aún con la introducción en 2009 de la cuestión de constitucionalidad (*question prioritaire de constitutionnalité*) como medio de control de constitucionalidad *a posteriori*, el Consejo Constitucional ha ratificado que si bien las disposiciones del artículo 55 de la Constitución dan a los tratados una autoridad superior a la de las leyes, ello no implica que el respeto a dicha disposición deba realizarse a través de control de constitucionalidad de leyes. En aplicación del artículo 55 constitucional, el tratado tiene dicha jerarquía superior a la ley, es que corresponde entonces a las diversas autoridades en el marco de su competencia cuidar la aplicación del tratado, y un concepto de violación con dicho motivo corresponde resolverlo por el juez administrativo o judicial.⁶⁶

Consideramos que cabe distinguir el control de constitucionalidad inmediato del tratado internacional con la Constitución, del control de constitucionalidad mediato del tratado internacional respecto de la ley en aplicación de la jerarquía normativa constitucional.

En el primer supuesto nos referimos al control de constitucionalidad de un tratado internacional en relación directa con la Constitución. En el contencioso constitucional francés se ejerce *a priori* por el Consejo Constitucional, de manera tal que si el tratado internacional contiene alguna cláusula contraria a la Constitución, la autorización para aprobarlo o ratificarlo requiere de una reforma constitucional.

Por su parte, el juez de amparo mexicano tiene facultades para pronunciarse sobre la constitucionalidad o no de los tratados internacionales *a posteriori*, así como para ejercer un control de constitucionalidad del tratado respecto de la ley. ¿Podría llegar a aceptarse totalmente que el artículo 133 constitucional se interprete en relación el artículo 1o.,

⁶⁵ Véase CE de 20 de octubre de 1989, *Nicolo*, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 14a. ed., Dalloz, 2003, pp. 695-705; Concl. Patrick Frydman, Nota de Bruno Genevois, “Le juge administratif, le traité et la loi postérieure”, *RFDA*, 5, septiembre-octubre de 1989, pp. 813-833.

⁶⁶ 2012-654 DC, 9 de agosto de 2012, *Journal officiel de la République Française*, 12 de agosto de 2012, p. 13496, texto 2, cons. 58. Véase también tabla analítica 2012, p. 172, 173; disponible en http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/tables_analytiques/tables_2012.pdf.

en el sentido de que el tratado internacional en materia de derechos humanos es parte del bloque de constitucionalidad y punto de referencia de control de constitucionalidad directa de otros actos de autoridad, es decir como un control de constitucionalidad inmediato con el alcance más amplio?

En el segundo supuesto, es de tomar en cuenta que tanto en el orden constitucional francés como en el mexicano, se les reconoce a los tratados internacionales una jerarquía normativa constitucional superior a la de las leyes. En el orden jurídico, sus elementos se encuentran relacionados entre sí, como lo es la relación Constitución, tratados internacionales y leyes.

En la medida en que en dicho control mediato el juez descarta la aplicación de una ley al ir en contra de lo previsto en un tratado internacional, sanciona la jerarquía normativa constitucional prevista en el artículo 133 de la Constitución mexicana o en su caso del artículo 55 de la Constitución francesa, realizando así un control de constitucionalidad mediato.

Cabe señalar que, a diferencia del juez de amparo, el juez ordinario francés no tiene la facultad para controlar la constitucionalidad de un tratado internacional *a posteriori* en relación directa con la Constitución, ya que el artículo 55 constitucional, que reconoce la jerarquía superior del tratado en relación con las leyes, ha sido interpretado en el sentido de que es competencia del juez de legalidad. Y que el Consejo Constitucional solamente ejerce control de constitucionalidad respecto de las leyes en sentido formal, en virtud de que los artículos 61 y 61-1 constitucionales hacen referencia al control de constitucionalidad de la ley en sentido formal.

El respeto de la preeminencia constitucional no solamente atañe a las leyes, ni tampoco a las normas generales en sentido lato, sino a todo acto de autoridad. Sin embargo, en el contencioso constitucional francés dicha visión se encuentra limitada. Fue apenas en 2008, en virtud de la introducción del artículo 61-1 de la Constitución, que se prevé que “si en el curso de una instancia ante un juez, se sostiene que una disposición legislativa viola los derechos y libertades garantizados por la Constitución, el Consejo Constitucional puede ser accionado de dicha cuestión por reenvío del Consejo de Estado o de la Corte de Ca-

sación, quienes se pronunciarán al respecto en un plazo determinado”, se reconoce el control de constitucionalidad *a posteriori*.

Al respecto, se llegó a considerar en el presente siglo que la introducción de un control de constitucionalidad de la ley *a posteriori* en el contencioso constitucional francés, a través de la cuestión de constitucionalidad (la QPC *question prioritaire de constitutionnalité*) llegó “a arruinar de manera insidiosa al legislador en beneficio del juez”, y “que no se puede imaginar peor atentado a la soberanía del legislador que el atentado a una ley adoptada hace diez años, veinte o más, por un juez constitucional”, y aún más “que se trata de una triste reforma, tan triste que parece regocijar a varios juristas”.⁶⁷

Antes de la QPC, Francia ha sido de los clientes más frecuentes de la Corte Europea de Derechos Humanos, en parte considerable debido a la ausencia en su régimen interno de un control de constitucionalidad *a posteriori*,⁶⁸ tendencia que disminuye con la reciente adopción de un mecanismo interno a través de la QPC, y que sería aún menor de darse solución a través de un instrumento expresamente concebido como protector de derechos constitucionales para controlar la constitucionalidad de todo acto de autoridad, como es el juicio de amparo. Así, se dejaría de tratar al justiciable en Francia como un menor constitucional que requiere de “representantes” para hacer valer sus derechos constitucionales, conforme a lo siguiente.

Por virtud del juicio de amparo, México ha contribuido tanto al expansionismo internacional en protección de derechos, como en diversos regímenes jurídicos internos. Su ideología se encuentra plasmada en el artículo 8o. de la Declaración Universal de Derechos Humanos. El amparo y la palabra misma “ha penetrado sin traducción a los idiomas oficiales de las Naciones Unidas; prueba de fuego es ésta para la nacionalidad de origen en toda clase de inventos, pues tal parece que el idioma propio sólo hospeda a la palabra extraña cuando el invento es auténticamente oriundo del lugar que dio el nombre”.⁶⁹

⁶⁷ En tal sentido, Philippe Waquet, “Questions pertinentes sur la convenance de la QPC”, *Recueil Dalloz*, núm. 30, 9 de septiembre de 2010, p. 1951.

⁶⁸ Frédéric Lazaud, *L'exécution par la France des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUAM, t. I, pp. 25, 26.

⁶⁹ Felipe Tena Ramirez, *Derecho constitucional mexicano...*, cit., p. 36.

Asimismo, su influencia se refleja en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo XVIII.⁷⁰ En realidad, se ha dado un fenómeno de penetración progresiva del juicio de amparo en la conciencia jurídica del mundo para quedar plasmado en distintos órdenes jurídicos.⁷¹

La paz no puede ser establecida por la fuerza, es un contrasentido, ya que se requiere consciencia para lograrla y que ella se consolide. Para dicho logro, han sido relevantes los instrumentos garantes de la misma, concebidos con un fin eminentemente protector de derechos, como lo es el juicio de amparo.

Al respecto, la justicia constitucional ha sido una solución muy importante para la solución de los problemas de opresión y abusos, a través de la adopción de normas e instrumentos jurídicos eficaces.⁷²

Francia, si bien ha sido país cuna de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, su justicia constitucional estuvo limitada al no haberse aceptado un control de constitucionalidad *a posteriori*, y por ende el justiciable limitado para poder cuestionar ante los jueces la inconstitucionalidad de leyes, por una reticencia estancada para admitir que la ley no es infalible.

Aún más, es un error identificar la justicia constitucional con el control de constitucionalidad de la ley, lo cual ha acontecido en virtud de la influencia que ha tenido el legislador en el derecho, sin embargo, éste no se reduce a la misma.⁷³ Dicha concepción errónea ha permeado en el contencioso constitucional francés, el cual si bien en 2008 introdujo el artículo 61-1 de la Constitución a través de la *Loi constitutionnelle número 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des ins-*

⁷⁰ “Artículo XVIII. Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.

⁷¹ Véase Héctor Fix-Zamudio, “Del amparo nacional...”, *cit.*, pp. 157-186; Héctor Fix-Zamudio, “El amparo mexicano como instrumento...”, *cit.*, pp. 253-302; Felipe Tena Ramírez, “L’aspect mondial de l’amparo...”, *cit.*, pp. 153-158.

⁷² Mauro Cappelletti, *Le pouvoir des juges*, París, Economica, p. 2.

⁷³ En tal sentido, véase José Ramón Cossío Díaz, “Régimen democrático e interpretación constitucional en México”, *Constitución, tribunales y democracia*, Themis, colección Ensayos Jurídicos, 1998, p. 148.

tutions de la Ve République, reduce el control de constitucionalidad *a posteriori* a la ley.⁷⁴

Así, en virtud de la *Loi organique 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution* (Loi 61-1), publicada el 11 de diciembre de 2009 en el *Journal Officiel de la République Française*, se introdujo la *question prioritaire de constitutionnalité* (QPC) (cuestión de constitucionalidad). Sin embargo, la misma no ha sido suficiente como instrumento íntegro de control de constitucionalidad, además de que en Francia opera implícitamente un control más amplio, similar al juicio de amparo, reforzable de reconocerse ello abiertamente.

Ya en 1989, el presidente François Mitterrand había señalado la necesidad de un control de constitucionalidad *sin intermediarios*, a fin de permitir que cada uno pueda reclamar directamente la violación a sus derechos y principios constitucionales, y decir “por mí mismo exijo justicia”.⁷⁵

No obstante, se buscó sin éxito en los debates de la *Loi 61-1*,⁷⁶ introducir un medio de control de constitucionalidad directo. Lo que prevaleció fue un control de constitucionalidad mediante intermediarios, en virtud de la QPC, operando incluso un doble filtro para que la cuestión de constitucionalidad sea planteada ante el Consejo Constitucional, a través del juez ordinario, y posteriormente, de la Corte de Casación o Consejo de Estado, en su caso.

En realidad, un sistema implica reconocer sus elementos de manera coherente e interrelacionada; en el caso, el control de actos de todo acto de autoridad inconstitucional, lo cual es factible a través del juicio de amparo, respetando las particularidades del sistema jurídico francés,

⁷⁴ Véase Ana Ruth Herrera Gómez, “Quelques considérations sur l'introduction éventuelle de la procédure d'amparo en France”, Publications. Actes du Congrès de Paris, 2008; disponible en <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC5/HerreraTXT.pdf> (Association Française de Droit Constitutionnel).

⁷⁵ En su discurso pronunciado el 14 de julio de 1989.

⁷⁶ Amendements déposés sur le texte no. 820: Amendement no. 504, disponible en <http://www.assemblee-nationale.fr/13/amendements/0820/082000504.asp> (consultado el 1o. de julio de 2008); Amendement no. 505, disponible en <http://www.assemblee-nationale.fr/13/amendements/0820/082000505.asp> (consultado el 1o. de julio de 2008).

así como ha sucedido en otros regímenes jurídicos en el cual el mismo ha sido adoptado.

Sobre dicho aspecto, es de remarcar que al lado de Consejo Constitucional, desde antes de la entrada de la QPC, el juez ordinario ha realizado en ocasiones un control de constitucionalidad de actos administrativos, jurisdiccionales, de actos de poder privado y, a veces, un control de constitucionalidad de la ley, de manera asistemática.

Así, por ejemplo, en la resolución del Consejo de Estado de 29 de mayo de 1992, *Association des professeurs du museum d'histoire naturelle*, un decreto fue anulado por violación a un principio fundamental reconocido por las leyes de la República, parte del bloque de constitucionalidad, la independencia de los profesores de la universidad, el cual fue elevado a dicha categoría en virtud de la decisión 83-165 DC del 20 de enero de 1984, del Consejo Constitucional. En dicho caso, se revisó y controló su conformidad a disposiciones constitucionales.

Por su parte, el control del error de derecho puede implicar un control de constitucionalidad, más no por el sólo hecho de la referencia a disposiciones constitucionales como parámetro, sino si al resolverse el asunto se anula el acto impugnado con base en una disposición constitucional o bien con base en una interpretación que de la misma se haga, o se determina la validez del acto impugnado con fundamento en una norma o principio constitucional. Esto también opera en el juicio de amparo directo, y en Francia, en ocasiones, es realizado en el recurso de casación y recurso por exceso de poder, en los casos en donde se controla la constitucionalidad del acto.

Sobre dicho aspecto, es de tomar en cuenta la diferencia entre el concepto “desnaturalización” del “control de calificación”,⁷⁷ el cual es aplicable en materia de control de constitucionalidad. Esto es, el control del error de derecho, entendido como la deformación de la regla de derecho, puede llevar un control de constitucionalidad en los casos en que la aplicación de la disposición constitucional no sea respetada por el *a quo*, o si una norma inconstitucional es aplicada en perjuicio del

⁷⁷ Sobre dicho tema, Frédéric Colin, “Le contrôle de la dénaturation dans le contentieux administratif”, *RDP*, t. 116, núm. 3, mayo-junio de 2003; Jean Massot *et al.*, *Le Conseil d'État, juge de cassation*, Berger Levrault, 2001.

justiciable, o en caso de que esté implicada la incorrecta interpretación de disposiciones constitucionales o se determine su constitucionalidad. Lo anterior, en el caso de que el control de las sentencias ha sido realizado por el juez ordinario francés, y es facultad del juez en juicio de amparo.

Como ejemplo, la Corte de Casación en su resolución del 10 de noviembre de 2009, 08-42286, anuló (*cassé et annulé*) una resolución del *a quo*, la sentencia de 18 de septiembre de 2007 de la *Cour d'appel d'Aix en Provence*, del 18 de septiembre de 2007. En dicho asunto, el señor Mohamed X solicitó el pago de daños y perjuicios por discriminación, toda vez que la sociedad en la que trabajaba *Le Soleil du Roucas blanc*, lo obligó a cambiarse el nombre por Laurent. La Corte de Casación determinó que dicha sentencia y a su vez el acto del patrón eran no solamente violatorios del artículo L-1132-1 del Código de Trabajo, sino una práctica discriminatoria a la luz del preámbulo de la Constitución de 4 de octubre de 1958.

En los supuestos en que hay una ley-pantalla, el juez ordinario ha rehusado ejercer el control de constitucionalidad; esto es, cuando entre el acto impugnado y las disposiciones constitucionales hay una ley que es pantalla para ello.⁷⁸ Sin embargo, en otras ocasiones el juez ordinario ha hecho valer la teoría de la “pantalla transparente”, conforme a la cual, si las disposiciones de la ley que es pantalla entre el acto impugnado y la Constitución “son lo suficientemente generales y tiene el carácter de disposiciones marco, se les puede considerar como “transparentes” y no constituyen obstáculo para el control por parte del juez administrativo”.⁷⁹

⁷⁸ Véase CE, Ass, 20 octubre 1989, *Roujansky*, Conclusiones Touffait Cass. Crim. 26 de febrero de 1974, *Droits*, 74, p. 279 (Cour cassation crim., 12 junio 1989). Bruno Genevois, “Le Conseil d’État et l’application de la Constitution”, *L’application de la Constitution par les cours suprêmes, Conseil Constitutionnel, Conseil d’État, Cour de Cassation* (Actes du colloque organisé par l’Institut Cujas et l’École doctorale Georges Vedel Droit public interne, science administrative, science politique et de l’information, 4 de octubre de 2006, bajo la dirección de Guillaume Drago), Dalloz, 2007, pp. 33-37.

⁷⁹ Louis Favoreu y Th. Renoux, *Le contentieux constitutionnel des actes administratifs*, Collection Droit Public, 1992, p. 25, en relación con las conclusiones de M. R. Abraham, en el asunto Smanor, en el que se recomienda la aplicación de la técnica de “pantalla-transparente”, con el fin de examinar el fondo de un concepto de impugnación relativo a la violación del principio constitucional del derecho a la propiedad por el

Si bien pareciera ser que dicho problema para el control de constitucionalidad de la ley *a posteriori* queda superado por la introducción de la QPC, no se ha resuelto el problema relativo a un sistema de control de constitucional integrado e interconectado, de tal manera que continúa la cuestión sobre la existencia de diversos jueces constitucionales, y la necesidad de su interrelación en un contencioso constitucional coherente y que complete sus lagunas,⁸⁰ lo cual sería viable por medio del juicio de amparo, respetando las particularidades y avances del juez francés en la materia.

Además de que daría respuesta al interés de adoptar un mecanismo de control de constitucionalidad en donde el justiciable pueda solicitar justicia. Al respecto, es de comprender que la naturaleza de la QPC es diferente a la del juicio de amparo.

En la QPC, el Consejo Constitucional es accionado incluso mediante un doble filtro por la autoridad jurisdiccional, en caso de que la misma considere que hay una duda seria sobre la constitucionalidad de la disposición legislativa a aplicar. Esto, en razón de que su fin principal no es la protección de los derechos constitucionales del justiciable, sino salvaguardar la supremacía constitucional en relación con la obligación de los jueces de respetar la Constitución, y por consecuencia que sus sentencias sean constitucionales.

Por su parte, el juicio de amparo es un instrumento concebido para la protección de los derechos del quejoso ante actos de autoridad inconstitucionales, que por consecuencia implica el respeto de la Constitución.

Asimismo, en la QPC, en caso de que el Consejo Constitucional sea accionado, fue concebido para el control de constitucionalidad de disposiciones legislativas; el juicio de amparo permite el control de constitucionalidad de todo acto de autoridad inconstitucional, lo cual no se limita al objeto “ley” en sentido estricto.

artículo R. 111-14-1 del *Code l'urbanisme*. Véase también Louis Favoreu, “Le juge constitutionnel, le juge administratif et le juge des conflits: vers une harmonisation des jurisprudences”, *RFDA*, marzo-abril de 1987, p. 279.

⁸⁰ En tal sentido, también Arnaud Derrien, *Les juges français de la constitutionnalité. Étude sur la construction d'un système contentieux. Conseil Constitutionnel, Conseil d'État, Cour de Cassation: trois juges pour une norme*, Bruylant, 2003.

En el sistema francés ha habido limitantes que pueden ser superadas por virtud del juicio de amparo en un control de constitucionalidad mixto; esto es, un control concentrado por el Consejo Constitucional en los supuestos de control de constitucionalidad de normas generales, y difuso por la Corte de Casación y Consejo de Estado en el control de actos materialmente administrativos, jurisdiccionales y actos de poder privado, el cual ha operado de manera asistemática.

El juicio de amparo en Francia sería un instrumento de protección en favor de los particulares, accionado de manera directa por el quejoso, con el fin de ampararlos en un control de constitucionalidad mixto, en contra de todo acto de autoridad inconstitucional, viable y conforme a las particularidades de dicho contencioso constitucional.



EL ASCENSO DEL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL EN EL IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE DE IBEROAMÉRICA (1917-1949)

Bernd Marquardt*

El siguiente artículo pretende analizar con los métodos del *constitucionalismo comparado* y de la *escuela socio-cultural y transnacional de la historia del derecho*, la transformación profunda del derecho constitucional iberoamericano del *largo siglo XIX* con sus enfoques predominantemente liberales hacia el constitucionalismo social-liberal del siglo XX. A partir de la carta mexicana de 1917, el *ius constitutionale commune* de América Latina empezó a cambiar su perfil. Cabe destacar que, en los tres decenios hasta 1949, se complementó sucesivamente el republicanismo liberal e individualista de la Ilustración política con el nuevo perfil del constitucionalismo social y económico, lo que fue relacionado íntimamente con cambios transnacionales de las visiones del ser humano y con los progresos de la *gran transformación*

* Profesor de planta en la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá. Es fundador y director del Grupo de Investigación CC - *Constitucionalismo Comparado* (categoría A1 en *Colciencias*). Doctorado *summa cum laude* (1999) en derecho y segundo *Doctorado Superior* (la *Habilitation* centroeuropea, 2003) de la Universidad de Sankt Gallen en Suiza. Magister (*Staatsexamen*, 1995) y abogado de la Universidad de Göttingen en Alemania. Ha enseñado, entre otros, en los posgrados de las universidades de Sankt Gallen en Suiza, Linz en Austria y Nacional en Bogotá. Es experto en Derecho constitucional, Historia y teoría constitucional, Teoría del Estado, Historia del derecho y Derecho ambiental. Tiene 159 publicaciones, que incluyen 20 libros.

a la sociedad industrial, ampliando el perfil de los valores liberales por aquellos de un Estado socialmente responsable y económicamente activo. Se trató de la transformación más profunda del constitucionalismo moderno desde su desarrollo originario un siglo anterior. Mientras la gran cuestión controvertida y conflictiva del *largo siglo XIX* había sido la liberal, la del *breve siglo XX* fue la social.

INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN Y DISEÑO TEÓRICO-METODOLÓGICO

Durante mucho tiempo, la historia constitucional comparada de Iberoamérica había sido un desiderátum. Habían dominado enfoques nacionales relacionados con la respectiva historia patria, mientras la perspectiva comparada se había reducido a sólo tres países de moda, Francia, Inglaterra y Estados Unidos. En la superación de este vacío, han trabajado en los últimos años autores como Bravo Lira, Gargarella y Marquardt.¹ El último de ellos ha estructurado la historia constitucional iberoamericana en seis fases: primera, la *transformación originaria* al Estado republicano de la Ilustración política (1810-1847); segunda, la era del *alto liberalismo* (aprox. 1848-década de 1880); tercera, la fase del Estado constitucional en la era del *alto nacionalismo* (aprox. 1880-1916); cuarta, la época del *complemento* del republicanismo liberal por el constitucionalismo *socioeconómico* (1917-1949); quinta, el periodo de la crisis de la transformación a la sociedad industrial y del *anticonstitucionalismo dictatorial* (aprox. 1950-década de 1980); sexta, la etapa del *restablecimiento* del Estado constitucional y la transformación al constitucionalismo *pluralista* (desde los años ochenta del siglo XX).

No obstante, todavía existen muchas preguntas abiertas. En varias obras de la historiografía constitucional, la reforma a la *democracia so-*

¹ Bernardino Bravo Lira, *Constitución y reconstitución. Historia del Estado en Iberoamérica, 1511-2009*, Santiago, Abeledo Perrot, 2010; Roberto Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires, Katz Eds., 2014; Bernd Marquardt, *Los dos siglos del Estado constitucional en América Latina (1810-2010), Historia constitucional comparada*, tomo 1, *Metodología y 1810-1880*, y tomo 2, *1880-2010*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2011.

*cia*² no supera el papel de un hijo huérfano notoriamente subestimado. También hay desequilibrios en las mentalidades nacionales: mientras los juristas mexicanos son típicamente conscientes de los orígenes de la reforma social en 1917, muchos de sus colegas colombianos pretenden localizar las raíces del Estado social de derecho en la carta de 1991, desconociendo la reforma de 1936. Casi siempre queda ausente la perspectiva comparada. De igual forma, parece oportuno revisar críticamente las dudas sobre el grado de materialización de las reformas constitucionales en la primera mitad del siglo XX.

El artículo va a fundamentarse, entre otros elementos, en la perspectiva del *ius constitutionale commune latinoamericanum*³ que parte de una familia constitucional de Iberoamérica con características propias; además, en los *modelos de la difusión y transculturación* en vez del trasplante jurídico; de igual forma, retoma la *teoría de la transformación* que contextualiza el constitucionalismo moderno en *la gran transformación* desde las civilizaciones agrarias del antiguo régimen hasta las sociedades ilustradas e industriales; en general, entiende como válida de teoría del *constitucionalismo transformador* con capacidades de estimular transformaciones sociales mediante el derecho;⁴ por último, se basa en la *escuela sociocultural y transnacional de la historia del derecho* que niega el norma-centrismo y tiene en cuenta en las precondiciones y consecuencias, aparte de la perspectiva comparada.⁵

El artículo va a tener la siguiente estructura. En primer lugar, se contextualiza el ascenso del constitucionalismo social, discutiendo tanto las influencias de la transformación hacia la sociedad industrial como los cambios paradigmáticos. Sucesivamente, se presenta el texto originario de la tendencia socioeconómica en las Américas, es decir, la

² Véase Bernd Marquardt, “Democracia social. Una aproximación teórica e histórica al Estado constitucional social en perspectiva comparada”, en *id.* (ed.), *Constitucionalismo científico II*, Bogotá, Temis, 2013, pp. 3-68.

³ Término de Armin von Bogdandy, “*Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*. Una aclaración conceptual”, en *id. et al.* (eds.), *Ius Constitutionale Commune en derechos humanos en América Latina*, México, Porrúa, 2013, pp. 1-24.

⁴ Rodrigo Uprimny Y., “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina”, en César Rodríguez G. (ed.), *El derecho en América Latina*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, pp. 109-138, esp. 123.

⁵ Bernd Marquardt, *Historia mundial del Estado*, tomo 4: *El Estado de la doble revolución ilustrada e industrial (1776-2014)*, Bogotá, Ecoe Eds., 2014, pp. 17 y ss.

Constitución mexicana de 1917, para analizar en los subcapítulos posteriores la ola de difusión de las Constituciones social-liberales entre Perú y Argentina, así como las tendencias opuestas en algunas *repúblicas bananeras* de Centroamérica. Finalmente, se pretende concluir con las características comunes que dieron su propio perfil a esta fase del Estado constitucional moderno en América Latina.

LOS DOS CONTEXTOS CLAVES

La inclusión progresiva en la gran transformación a la sociedad industrial

Carácter, precondiciones y fases

Uno de los dos contextos claves del ascenso del constitucionalismo social y económico debe reconocerse en la progresiva transformación de la sociedad preindustrial a la sociedad industrial. Esta obra pretende entender la revolución industrial a partir de la teoría líder del historiador alemán Rolf Peter Sieferle⁶ como la *gran transformación* que, al estilo de una *destrucción constructiva*, dejó caer la sociedad agraria tradicional y posibilitó el surgimiento de un nuevo tipo de sociedad posagraria, lo que fue comparable en su profundidad con la *revolución neolítica* ocurrida diez milenios antes. En su núcleo, se trató de una transformación del sistema de energía y del metabolismo social, reemplazando el régimen neolítico de energía solar modelado, que se había basado en la transformación de la energía radial del Sol en biomasa mediante la fotosíntesis, por el nuevo sistema de la energía fósil almacenada en la corteza terrestre. De tal manera, se entiende el factor de la energía no como un mero recurso entre los otros, sino como la fuerza motriz que determina el espectro de las oportunidades y limitaciones de las sociedades humanas.

La gran ventaja de la revolución fósil-energética fue que ésta posibilitó, durante un periodo de dos o tres siglos, el crecimiento exponencial

⁶ Rolf Peter Sieferle, “El camino especial de Europa”, en *id.* y Bernd Marquardt, *La Revolución Industrial en Europa y América Latina, interpretaciones ecobistóricas desde la perspectiva de la teoría de los sistemas de energía y del metabolismo social*, Bogotá, UNAL, 2009, pp. 1-92.

del consumo de energía en las sociedades humanas, en comparación con el anterior sistema que fue renovable, pero de baja capacidad. No obstante, visto a largo plazo se ve sometido a la *espada de Damocles*, ya que este tipo de energía puede consumirse por una sola vez, de modo que la energía disponible en la corteza terrestre alcanzará finalmente la cantidad de cero. En términos sistémicos, la transformación fósil-energética se manifestó en varias revoluciones parciales, especialmente en la *revolución del sistema de transporte y de comunicación*, en la *revolución de la urbanización* y en la *revolución demográfica*. Estructurada en dimensiones de tiempo, la primera etapa de la revolución fósil-energética, aproximadamente entre 1800 y 1950, se basó en la fuente energética primaria del carbón mineral y llevó a un perfil de carbón y hierro, del bloque industrial-militar y de los ferrocarriles, pero todavía no al consumo masivo,⁷ mientras que la segunda etapa, aproximadamente desde 1930 en los Estados Unidos, y desde 1950 en las demás partes de occidente, se fundamentó en la fuente energética primaria del petróleo, llevando al perfil del transporte motorizado, de los aviones, del consumo masivo y de la industrialización de las casas privadas con múltiples aparatos tecnológicos.⁸

Es bien conocido que la transformación fósil-energética del mundo tuvo su punto de partida, alrededor del año 1800, en el Reino Unido de Gran Bretaña. Tampoco hay dudas que la estructura típica de la primera subetapa se difundió, hasta 1914, especialmente hacia el norte del Imperio Alemán, el norte de Francia, algunas zonas del Imperio Ruso y el nororiente de Estados Unidos. Visto empíricamente, hubo cuatro factores que favorecieron una industrialización temprana y amplia: primero, el componente de las relaciones internacionales y militares en la *pentarquía* europea del siglo XIX al estilo de una *guerra fría* con su carrera armamentista que se articuló en la demanda estatal permanente

⁷ Sieferle, *El camino especial*, cit., pp. 59 y ss.

⁸ Al respecto: Bernd Marquardt, “La revolución industrial en América Latina (1840-2009). Una interpretación desde la perspectiva de la teoría de los sistemas de energía”, en *id.* y Rolf Peter Sieferle, *La Revolución Industrial en Europa y América Latina, interpretaciones ecobistóricas desde la perspectiva de la teoría de los sistemas de energía y del metabolismo social*, cit., pp. 121 y ss.; Christian Pfister, *Das 1950er Syndrom*, Berna, Haupt Verlag, 1995.

de productos militares cada vez más mortales;⁹ segundo, el verse afectada por una crisis energética del régimen agrario-solar, provocada demográficamente, que sólo pudo superarse a través de la eliminación de las limitaciones del sistema existente;¹⁰ tercero, la posesión de recursos fósil-energéticos significativos en zonas centrales y bien accesibles del territorio nacional;¹¹ y cuarto, la base mental del social-newtonianismo ilustrado que posibilitó pensar en la remodelación de la naturaleza al estilo de una gran máquina.¹²

De estos cuatro factores decisivos, América Latina sólo fue favorecida por el último. En cambio, no se desarrolló ninguna carrera armamentista en un continente casi carente de conflictos militares internacionales; tampoco hubo una crisis energética en vista de las condiciones óptimas del antiguo sistema de energía agrario-solar sin sufrir limitaciones existenciales por presión demográfica y, del mismo modo, faltaron grandes cantidades de carbón mineral en las zonas centrales del respectivo territorio estatal; mientras que en la periferia, por ejemplo en el caso de la Guajira colombiana, estos recursos no fueron accesibles o incluso fuera del conocimiento de entonces.¹³

En América Latina puede estructurarse la transformación hacia la sociedad industrial en tres fases principales: la primera —que tuvo lugar aproximadamente entre los años 1840 y 1916— puede caracterizarse por la *revolución de la infraestructura* bajo signos más o menos liberales. Según la primacía del régimen de concesiones, se introdujeron especialmente los ferrocarriles, el barco de vapor, la telegrafía, los acueductos, los alcantarillados, el teléfono, los tranvías y la electricidad, por lo menos en los principales centros urbanos. No obstante, todavía faltaban los estímulos para elaborar una producción industrial *amplia*, es decir, las repúblicas se aprovecharon de las *ventajas comparativas* a

⁹ Al respecto: Marquardt, *La revolución industrial en América Latina*, cit., pp. 142 y ss.

¹⁰ John Komlos, "The Industrial Revolution as the Escape from the Malthusian Trap", en *The Journal of European Economic History*, 29, Roma, Capitalia, 2000, pp. 307-331; Marquardt, *La revolución industrial en América Latina*, cit., pp. 144 y ss.

¹¹ Véase Hubert Kiesewetter, *Das einzigartige Europa*, 2a. ed., Stuttgart, Steiner, 2006, pp. 62 y ss.; Marquardt, *La revolución industrial*, cit., pp. 140 y ss.; Sieferle, *Rückblick*, cit., pp. 143 y ss.

¹² Al respecto: Marquardt, *La revolución industrial en América Latina*, cit., pp. 146 y ss.

¹³ *Ibidem*, pp. 163-175.

partir del intercambio de productos propios del régimen de energía solar-agrario —sean *agrícolas* como café, tabaco, bananos, trigo y carne, o sean *mineros* como oro, plata, cobre y estaño— por nuevos productos industriales —locomotoras, por ejemplo— provenientes del uso de la energía fósil en Europa noroccidental y el nororiente estadounidense, beneficiándose en la revolución del tránsito fósil-energético crecientemente extendida por todo el espacio geográfico nacional y global. Una variante de este patrón fue la minería de salitre en Chile para subvencionar y fertilizar la agricultura europea. En todo esto es importante tener en cuenta que en América Latina hasta entonces, no fue visto como algo atractivo, imitar experimentos que causaron en sus países de origen una *plaga de humo y hollín* junto con un pauperismo extremo.¹⁴

La segunda fase de la revolución fósil-energética en América Latina, de 1916 a 1949, empezó a orientarse cada vez más en conceptos pos-liberales de la *promoción estatal de la transformación industrial* en las demás esferas, bajo el espíritu de querer recuperar un desarrollo perdido y de pretender sustituir la importación de productos industriales por una fabricación interna. El contexto clave de este cambio paradigmático, puede reconocerse en la experiencia sucesiva de las dos guerras mundiales (1914-1918, 1939-1945) y de la *Gran Depresión Global* (1929-1939), cuando por tres decenios cayó el sistema global complementario del intercambio entre productos solar-energéticos y fósil-energéticos, así lo más agudo en relación con Europa. En esta fase, varios países latinoamericanos con recursos propios de petróleo y gas natural, por ejemplo México, Venezuela, Colombia y Bolivia, empezaron con la explotación y la exportación de los mismos.¹⁵

¹⁴ *Ibidem*, pp. 163-198.

¹⁵ Sobre la segunda fase, Walther L. Bernecker, “Die wirtschaftliche Entwicklung Lateinamerikas in der Neuzeit”, en Martina Kaller-D. *et al.* (Eds.), *Lateinamerika, Geschichte und Gesellschaft im 19. und 20. Jahrhundert*, Viena, Promedia, 2004, pp. 65 y ss.; Salomón Kalmanovitz, *Nueva historia económica de Colombia*, Bogotá, Universidad Jorge Tadeo Lozano, 2010, pp. 198 y ss.; Marquardt, *La revolución industrial*, cit., pp. 199-210; Romeo Rey, *Geschichte Lateinamerikas vom 20. Jh. bis zur Gegenwart*, München, Beck, 2006, pp. 68 y ss.

A partir de 1950 aproximadamente, emergió una tercera fase en el marco de la *segunda revolución fósil-energética* de la historia universal, fundamentada en el nuevo portador energético primario, el petróleo. Esta etapa de *la gran transformación* significó una enorme aceleración de los cambios, convirtiendo el metabolismo social de energía fósil al perfil de una curva de crecimiento exponencial.¹⁶ En este marco, se intensificó el concepto de la *dirección estatal a la industrialización recuperadora por sustitución de importaciones* con el resultado de tasas altas del crecimiento económico.¹⁷ Hay que tener en cuenta que las demarcaciones entre las tres fases señaladas no estaban fuertemente delimitadas, sino más bien se presentaban abiertas y fluidas. En nuestros términos de la historia constitucional comparada, la segunda fase fue idéntica a la del ascenso del constitucionalismo socioeconómico y la tercera correspondió a la era de la crisis de la transformación a la sociedad industrial.

Hacia la sociedad laboral urbana

La segunda subfase de la transformación fósil-energética significó también una transformación profunda de la estructura del pueblo estatal y del *demos* de la democracia. Ahora el tipo normal de la sociedad humana fue cada vez menos el campesino de subsistencia y más bien el trabajador asalariado y dependiente en todas sus circunstancias de vida de fuerzas de mercado. De igual forma, empezó el proceso del remplazo de la dominancia del ser humano rural por la del ciudadano urbano,¹⁸ mientras el pueblo estatal como tal inició a multiplicarse. Típicamente se debe pensar en el obrero de fábrica, el minero y el ferroviario, pero también estuvo en una situación similar el trabajador rural de las grandes plantaciones de exportación que ascendieron desde la mitad del siglo XIX a causa del nuevo sistema de transporte fósil-energético. A diferencia del anterior campesino, el trabajador industrial perdió tanto

¹⁶ Marquardt, *La revolución industrial*, cit., pp. 211 y ss.

¹⁷ Joseph L. Love, "The Rise and Decline of Economic Structuralism in Latin America", en revista *Latin American Research Review*, vol. 40, núm. 3, Albuquerque, Latin Am. Institute, 2005, pp. 103 y ss.

¹⁸ Eric Hobsbawm, *Historia del siglo XX*, Buenos Aires, Crítica, 1998, p. 293.

la capacidad de autoalimentarse como su seguridad social en la familia y la comunidad rural. En el mercado laboral libre, la posición del obrero asalariado se mostró muy débil, lo que llevó a las exigencias de una legislación protectora del Estado respecto a la jornada de trabajo, el salario, la niñez, las mujeres, los enfermos, los inválidos, los ancianos, etcétera.

En esta época, se formaron patrones de autorganización de la nueva clase obrera bajo la forma de sindicatos que el Estado podía prohibir, tolerar o reconocer explícitamente por medio de la garantía de un derecho fundamental de asociación. De igual manera, se desarrollaron nuevas formas de comunicación política, especialmente la manifestación en el espacio público y la huelga laboral, respecto a lo cual el Estado debía decidir si se trataba de variantes de la sublevación criminalizada o de una comunicación legítima, reconocible a través de nuevos derechos fundamentales.¹⁹ Al inicio, se tendía muchas veces a la visión de una amenaza intolerable a la garantía de propiedad de los empresarios, lo que condujo tanto en 1907 —en la huelga de los mineros de salitre de Chile—²⁰ como en 1928 —en la huelga de los bananeros de la costa caribeña de Colombia—²¹ a masacres cometidas por las fuerzas públicas, cada vez con un número desconocido de víctimas, pero con cálculos altos. De todos modos, los debates públicos en bases iusfundamentales sobre estos excesos sangrientos, aceleraron el reconocimiento constitucional de nuevos derechos laborales. No obstante, sería un mito entender la *presión* del movimiento obrero como el gran estímulo del

¹⁹ Pablo E. González M., “La intervención penal en las relaciones laborales”, en Marcel Silva R. (ed.), *Derribando los obstáculos al derecho laboral*, Bogotá, Buena Semilla, 2006, pp. 395-450; Kalmanovitz, *Nueva historia económica de Colombia*, cit., pp. 234 y ss.; Alfredo Sánchez C., *Las transformaciones del derecho del trabajo*, México, UNAM, 2006, pp. 4 y ss.; Ricardo Sánchez Á., *Huelga. Luchas de la clase trabajadora*, Bogotá, UNAL, 2009, pp. 156 y ss.; Marcel Silva R., *Proyección de un siglo de derecho laboral colectivo en Colombia*, 3a. ed., Bogotá, UNAL, 2005, pp. 50 y ss.

²⁰ Matanza de la Escuela Santa María de Iquique del 21 de diciembre de 1907. Eduardo Devés, *Los que van a morir te saludan. Historia de una masacre, Iquique 1907*, 2a. ed., Santiago, Documentas, 1999.

²¹ Masacre de Ciénaga de 6 de diciembre de 1928. Melba Luz Calle Meza, *Constitución y guerra. Una revisión del sistema de derechos fundamentales de Colombia durante el siglo XX*, Bogotá, Ed. Ibáñez, 2014, pp. 164 y ss.; David Roll, *Un siglo de ambigüedad*, Bogotá, Cerec, 2001, p. 40.

constitucionalismo social, pues resultaron más influyentes los debates de justicia dentro de segmentos de la élite política e intelectual.

Éxitos de transformación hasta los años cuarenta

Quien quiera evaluar los éxitos de la *gran transformación* industrial alcanzados alrededor de 1940, puede orientarse en la reconstrucción comparativa de Angus Maddison de 2006, respecto al producto interno bruto per cápita en valores de paridad de poder adquisitivo —en *Dólares Geary-Khamis* de 1990—. Puede ser una sorpresa, pero la misma indica que Argentina y Venezuela mostraban hacia ese momento mayores valores que Francia; Uruguay que Italia, y Chile por encima de la Unión Soviética, mientras Colombia y México fueron similares en este aspecto a España, Portugal y Yugoslavia.²² En una perspectiva a largo plazo que mida y evalúe la transformación a la sociedad fósil-energética según la participación de los países en la acumulación de carbono en la atmósfera terrestre mediante las respectivas emisiones de dióxido de carbono realizadas entre 1850 y 2007, se lleva al resultado explicativo que México ha entrado al rango mundial número 15, Brasil al número 21, Argentina al número 28, Venezuela al número 31, Colombia al número 52, Chile al número 58 y Perú al número 68, todo en una mezcla difusa con países europeos como España (núm. 16), Suiza (núm. 46) y Noruega (núm. 56).²³

Cambios paradigmáticos: del individuo a la sociedad

El segundo contexto clave del ascenso del constitucionalismo social se dio en la esfera de las visiones sobre la naturaleza del ser humano. Desde la segunda mitad del siglo XIX, surgieron en la cultura occidental

²² Datos para 1940: Estados Unidos 7.010; Gran Bretaña 6.856; Alemania 5.403; Canadá 5.368; Argentina 4.161; Venezuela 4.045; Francia 4.042; Uruguay 3.661; Italia 3.505; Chile 3.259; URSS 2.144; España 2.080; Colombia 1.895; México 1.852; Perú 1.823; Costa Rica 1.763; Portugal 1.615; Yugoslavia 1.412; Ecuador 1.323; Brasil 1.250; Cuba 1.208; Guatemala 1.111. Fuente: Angus Maddison, *The World Economy, A Millennial Perspective and Historical Statistics*, París, OECD, 2006, pp. 288, 289, 440, 446, 466, 479, 521 y s.

²³ World Resources Institute (ed.), *Climate Analysis Indicators Tool, Cumulative Emissions, 1850-2007*.

múltiples exigencias que propusieron la reforma de la sociedad liberal e individualista en beneficio de valores colectivos y sociales, lo que provocó desde los inicios debates altamente controversiales. En relación con los paradigmas del liberalismo político y económico, representaron rupturas del sistema o, al menos, fueron desde la perspectiva de las élites burguesas, relativizaciones de su logro más estimado y rentable, la libertad económica de los propietarios.

La inspiración por desarrollos europeos anticipados

El autor ha reconstruido el ascenso del nuevo paradigma de la *democracia social* en otros lugares de modo detallado.²⁴ Es fundamental tener en cuenta la creciente remodelación intelectual de la naturaleza en contra del newtonianismo mecanicista que había servido como el fundamento del constructo de derecho natural de corte ilustrado-liberal. La nueva visión de la naturaleza como tal y la del ser humano, partieron de más interdependencia compleja en vez del atomismo centrifugativo y gravitativo, de más biología en lugar de la física y de más sociedad en vez del individuo, es decir, se formó materialmente un nuevo derecho natural, aunque la retórica iusnatural no fue tan popular como un siglo antes. Según la experiencia empírica, la mayor parte de los seres humanos pareció mal descrita por el ideal burgués del propietario económicamente activo y letrado, perpetuado en los derechos de tipo liberal, pues este tipo social quedó, tanto en América Latina como en Europa, en el papel de una minoría por debajo del 10% del respectivo pueblo. Con una evidencia cada vez más clara, existieron otras necesidades humanas más básicas y existenciales que superaron la relevancia real de las visiones burguesas: para la mayoría del *demos*, la salud superó el rango de la expresión libre; la alimentación adecuada superó la libertad de reunirse; la vivienda digna superó el secreto de la correspondencia y las condiciones laborales superaron la libertad de leer periódicos con enfoques políticos diferenciados. Es preciso advertir que el liberalismo de la primera mitad del *largo siglo XIX*

²⁴ Bernd Marquardt, *Derechos humanos y fundamentales. Una historia del derecho ¿valores universales o hegemonía moral de occidente?*, Bogotá, Ed. Ibáñez, 2015, pp. 85 y ss.; *id.*, *Democracia social*, *cit.*, pp. 5 y ss.

se había basado en suposiciones de una sociedad todavía preindustrial, cuando había partido del ideal de un mundo de pequeños propietarios de terrenos rurales que compitieron en el mercado agrícola, es decir, la dinámica propia e imparable de la transformación industrial adelantó a estos fundamentos paradigmáticos para convertir el unilateralismo liberal cada vez más en algo anacrónico o, por lo menos, muy parcial, incompleto y proligárquico.

Por lo tanto, no sirve el reduccionismo extendido a un análisis de las teorías de Marx y sus caminos de recepción intelectual. Sin dudar la relevancia de dicho filósofo político y económico, hay que recordar que participaron en los respectivos debates muchos pensadores, personas políticas y juristas. Entre las teorías europeas con efectos en América Latina, se encuentra la del constitucionalista francés Léon Duguit (1859-1928) dedicada a la función social de la propiedad.²⁵

De modo paralelo a los debates, pudo observarse el ascenso de los partidos políticos socialistas y socialdemócratas, partiendo de la variante fundadora en la Alemania industrial a partir de 1863. Pero también muchas otras ramas políticas retomaron benevolentemente la temática social, por ejemplo en forma de la teoría social de la Iglesia católica y del liberalismo social.²⁶

En la esfera de las políticas jurídicas prácticas, hay que señalar la preparación anticipada de la fase social en el transcurso del *largo siglo XIX* por cuatro enfoques tempranos: primero, cabe destacar que ya la Ilustración liberal había reconocido un fin social, promoviendo la educación popular, aparte de la política social incluyente de la disolución de los estamentos de nacimiento por individualizar la sociedad; segundo, se indica las políticas de salud por vacunaciones y la higiene urbana inclusive el agua potable sana; tercero, empezó la legislación protectora de los trabajadores con el tema de la limitación del trabajo

²⁵ Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, París, Fontemoing, 1911. Respecto a la recepción iberoamericana: Andrea T. Guerrero y Giovanni F. Niño Contreras, *Una historia de las ideas en el derecho constitucional colombiano*, Bogotá, Universidad La Gran Colombia, 2012, pp. 89 y ss.; Andreas Timmermann, “«Soziale Solidarität» und Agrarreform im 20. Jahrhundert, Zur Wirkung der Rechtsschule León Duguits”, en revista *Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, vol. 37, núm. 2, Hamburgo, Gesellschaft für Völkerrecht und Auswärtige Politik, 2004, pp. 168-194.

²⁶ Marquardt, *Democracia social*, cit., pp. 13 y ss.

infantil; cuarto, siguió el desarrollo del seguro social público, introducido por primera vez entre 1883 y 1889 en uno de los grandes precursores de la transformación industrial, el Imperio Alemán, para asegurar materialmente al obrero asalariado y dependiente contra los riesgos de salud, accidentes, pobreza de vejez e invalidez.²⁷ Todos estos modelos europeos de la protección de la persona indefensa, posteriormente influyeron de manera significativa en América Latina.²⁸

La entrada al espectro político iberoamericano

En Iberoamérica puede evidenciarse la primera de las políticas de la fase proto-social ya a partir de 1811, pues la Constitución republicana de Tunja de este año se dedicó a la educación popular bajo la negación de toda discriminación de tipo estamental o grupal. Como se ha discutido: durante todo el siglo XIX siguieron múltiples Constituciones que reconocieron el derecho fundamental de recibir o elegir una educación, precisado por numerosas leyes dedicadas a la educación popular y universitaria.²⁹ De modo complementario, a finales del siglo XIX los Estados iberoamericanos empezaron a luchar contra la viruela, una enfermedad infecciosa que había causado miles de niños muertos por año, introduciendo la vacuna preventiva contra la misma, por ejemplo, Buenos Aires en 1886, Venezuela en 1898, Argentina en 1904 y Colombia en 1922.³⁰ En general, los Estados iberoamericanos promovieron la *higiene pública*, con convenciones sanitarias a partir de 1902.³¹ En varias capitales, se construyeron *maquinarias hidráuli-*

²⁷ Marquardt, *Democracia social*, cit., pp. 14-20.

²⁸ Miquell Carbonell, *Los derechos fundamentales en México*, México, UNAM, 2004, pp. 763 y ss.; Sánchez C., *Las transformaciones del derecho del trabajo*, cit., pp. 131 y ss.

²⁹ Marquardt, *Los dos siglos del Estado constitucional en América Latina*, tomo 1, cit., pp. 112, 139 y ss.

³⁰ Maria S. Di Liscia, “Marcados en la piel. Vacunación y viruela en Argentina (1870-1910)”, en revista *Ciência & Saúde Coletiva*, vol. 16, núm. 2, 2011, pp. 409-422; Vidal Rodríguez L., *La viruela en Venezuela*, Caracas, Ateproca, 2012, p. 146. En Colombia: Ley 99 por la cual se adicionan las leyes sobre higiene pública de 1922.

³¹ Mario Hernández Á. et al., *La Organización Panamericana de la Salud y el Estado colombiano. Cien años de historia 1902-2002*, Bogotá, Organización Panamericana de la Salud, 2002, cap. 1.

cas para evitar la transmisión de enfermedades por el agua potable.³² Prácticamente, se empezó a reconocer una especie de derecho humano a la vida frente a microorganismos mortales, aunque sin llegar en este momento a la respectiva teorización jurídica.

En cuanto a las precondiciones inmediatas de la fase social, puede demostrarse el surgimiento de los primeros partidos políticos con el respectivo enfoque hacia finales del siglo XIX, ampliando la dicotomía acostumbrada entre liberales y conservadores hacia una tercera fuerza política que se manifestó en el Partido Socialista Obrero Internacional de Argentina de 1896, el Partido Socialista del Uruguay de 1910, el Partido Obrero Socialista de Chile de 1912³³ o el Partido Socialista de Colombia de 1919.³⁴ De igual forma, puede denominarse la Alianza Popular Revolucionaria Americana, fundada en 1924 por el intelectual peruano Víctor Raúl Haya de la Torre (1895-1979) bajo las ideas de la solidaridad con los oprimidos y de la nacionalización de tierras e industrias.³⁵ Sin embargo, en lugar de los partidos con ideologías acen- tuadas, se comprobaron más influyentes, en la experiencia práctica, los partidos del camino medio que combinaron elementos del liberalismo y del socialismo, perfilando así la *socialdemocracia*. Puede mencionarse en México el Partido Constitucionalista Progresista de 1911 y su sucesor, el Partido Nacional Revolucionario de 1928;³⁶ además en el caso de Colombia, el tradicional Partido Liberal que se transformó en un partido cada vez más socialdemócrata —a partir de los primeros conceptos del revolucionario Rafael Uribe Uribe en la era de la *Guerra de los Mil Días* (1899-1902), de las convenciones de 1922 y 1924 y del programa de 1935— combinando elementos del liberalismo republicano del siglo XIX con nuevos enfoques socialistas sobre la igualdad de

³² Para Bogotá: Juan Camilo Rodríguez Gómez *et al.*, *El agua en la historia de Bogotá*, tomo 1, Bogotá, Villegas Eds., 2003, pp. 335 y ss.

³³ Bernardino Bravo Lira, *Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica*, 2a. ed., Santiago, Ed. Andrés Bello, 1996, pp. 220, 272 y ss.

³⁴ Roll, *Un siglo de ambigüedad*, *cit.* p. 41.

³⁵ Hobsbawm, *Historia del siglo XX*, *cit.*, p. 113; Sánchez Á., *Huelga*, *cit.*, pp. 142 y ss.; Torcuato S. di Tella, *History of Political Parties in 20th-Century Latin America*, New Brunswick, Transaction, 2004, pp. 22 y ss.

³⁶ Tella, *History of Political Parties*, *cit.*, pp. 19 y ss.; Patricia Moisés L. *et al.*, *Partidos políticos en México*, México, Cámara de Diputados, 2004, pp. 23 y ss.

oportunidades y el Estado intervencionista.³⁷ En los ámbitos socioeconómicos, el perfil de este partido se mostró ahora casi contrario a su tradición del *alto liberalismo* en el segundo tercio del siglo XIX, pero la inclusión de la cuestión social coincidió con la tradición vanguardista y el rol oposicional de los liberales colombianos hasta 1930.

En Iberoamérica, el primer partido socialdemócrata en el gobierno fue el Partido Liberal Constitucionalista mexicano en 1915 y su sucesor, el Partido Nacional Revolucionario de 1928, seguido en 1930 por el Partido Liberal de Colombia y, en 1938, por el Frente Popular de Chile.³⁸ Pero también políticos sin una clara identidad partidaria como el presidente venezolano Eleazar López Contreras (1936-1941), retomaron varios elementos de la política socialdemócrata, considerados modernos en ese momento.

De todos modos, el pensamiento socialdemócrata no era necesariamente tolerante a su hermana más radical, la izquierda pura, identificada con el comunismo de la revolución rusa,³⁹ pues las ideas sobre la revolución mundial y la dictadura del proletariado fueron interpretadas como seductoras y peligrosas, lo que se articuló en prohibiciones sobre partidos políticos tanto en México como en Perú: así, en 1929, el Partido Comunistas Mexicano y, en 1932, la Alianza Popular Revolucionaria Americana de Perú. De igual forma, la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1936 declaró el comunismo contrario a la paz social y sus representantes “traidores a la patria”, autorizando el Poder Ejecutivo a expulsarlos por un año (artículo 32 núm. 6).⁴⁰

³⁷ Álvaro Tirado M., *La revolución en marcha y la reforma constitucional de 1936*, Bogotá, Universidad Externado, 1985, p. 15; Roll, *Un siglo de ambigüedad*, cit. pp. 47 y ss., 52 y ss., 56 y ss.

³⁸ Tella, *History of Political Parties*, cit., pp. 50 y ss.

³⁹ Véase Marquardt, *Historia mundial del Estado*, tomo 4, cit., pp. 444 y ss.

⁴⁰ *Constitución de los Estados Unidos de Venezuela* de 1936, en *Gaceta Oficial*, del 21 de julio de 1936. Ya en 1928, la carta venezolana estipuló: “Queda... prohibida la propaganda del comunismo” (artículo 32 núm. 6), en *Gaceta Oficial* del 23 de mayo de 1928. Otro ejemplo fue, de 1947 a 1958, la prohibición de los comunistas chilenos. Norma: Ley núm. 8.987 de defensa permanente de la democracia, en *Diario Oficial* del 3 de septiembre de 1948. Al respecto: Bernhard Thibaut, *Präsidentialismus und Demokratie in Lateinamerika*, Opladen, Leske & Budrich, 1996, p. 84.

EL MODELO ORIGINARIO EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917

La guerra civil mexicana

No hay dudas que México fue afectado, entre 1910 y 1920, por una guerra civil compleja que, por lo menos según el mito político de los ganadores, fue interpretada como una revolución social y supuesta fuente de todos los logros de la modernidad mexicana.⁴¹ Según este enfoque, la primera revolución de la historia universal con un (co-) enfoque *social* no fue la bolchevique del Imperio Ruso de 1917 ni la socialdemócrata del Imperio Alemán de 1918, sino la del país azteca. Al contrario de las dos revoluciones europeas que se dirigieron contra imperios autocráticos en vista de guerras pérdidas, la sublevación mexicana tuvo lugar en una república establecida con una de las Constituciones más liberales del mundo, la de 1857. El punto de partida estuvo en la exigencia *liberal* de la no reelección del presidente, después de que el longevo mandatario José de la Cruz Porfirio Díaz (1876-1880, 1884-1911) —originalmente uno de los principales defensores del *alto liberalismo* latinoamericano en las guerras civiles de 1857 a 1867— había provocado con sus últimas reelecciones de 1904 y 1910 reservas y resistencias dentro del espectro liberal.

Puede sorprender el papel originario de un país que había participado, hasta entonces, sólo muy parcialmente en los inicios de la transformación a la sociedad industrial, sobre todo en el sector del transporte, donde Porfirio Díaz había construido miles de kilómetros de ferrocarriles. No obstante, cabe destacar que México había experimentado una variante aguda del propietarismo liberal en forma de la *reforma agraria liberal* que había llevado a fenómenos acentuados de la concentración de tierras en manos de la burguesía republicana bajo la proletarianización de partes significativas de la población rural que resultó cada vez menos contenta con sus circunstancias de vida.

Resumiendo brevemente el decenio de la guerra civil, se indica que a inicios de 1910 ocurrió la sublevación del Partido Antireeleccionista,

⁴¹ Raina Zimmering, “Mythenwandel und politische Transition in Mexiko”, en *id.* (ed.), *Der Revolutionsmythos in Mexiko*, Würzburg, Königshausen & Neumann, 2005, pp. 31 y ss.

fundado en el año anterior por el hacendado Francisco Ignacio Madero y llamado desde 1911 Partido Constitucionalista Progresista, así como el punto final puede verse en la victoria de su Ejército Constitucionalista. Más detalladamente, los *constitucionalistas* derrocaron en 1911 a Porfirio Díaz, gobernaron dos años, fueron destituidos en 1913 por el golpe de Estado del general conservador Victoriano Huerta, se enemistaron en 1914 con sus, hasta entonces, co-revolucionarios de una guerra campesina social, Emiliano Zapata y Pancho Villa; de igual forma, el Partido Liberal Constitucionalista ganó en los combates de 1915 la Presidencia para Venustiano Carranza (1917-1920), marginalizó en 1917 a los agro-socialistas y terminó en 1920 su conflicto interno a favor del futuro presidente Álvaro Obregón (1920-1924). A pesar de que a Zapata y Villa no los vencieron en el campo de batalla, el Partido Liberal Constitucionalista se mostró prudente al incluir en varios de sus postulados una mezcla del liberalismo con diversos complementos del socialismo, conformando una especie de perfil socialdemócrata.⁴²

En estos sucesos, dos de los presidentes mexicanos terminaron su carrera por magnicidio —Madero y Carranza—, al igual que los dos líderes sociales —Zapata y Villa— murieron de modo violento. De todas maneras, la guerra civil mexicana se comprobó como una catástrofe en derechos humanos, con cálculos controvertidos de 300 mil hasta más de un millón de muertos causados por las diferentes manifestaciones del gobierno mexicano y los respectivos oponentes.

La carta social-liberal de 1917

Los vencedores de la guerra civil mexicana perpetuaron sus ideas en la Constitución Política de los Estados Unidos de México de 1917,⁴³

⁴² Sobre la Revolución mexicana: José Gómez H., “La Revolución mexicana y la Constitución de 1917”, en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, vol. 18, México, UNAM, 2006, pp. 77-97; Luis de la Hidalga, *Historia del derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 2002, pp. 343 y ss.; Roberto Rives S., *La reforma constitucional en México*, México, UNAM, 2010, pp. 29 y ss.; John Jr. Womack, “The Mexican Revolution”, en Leslie Bethell (ed.), *The Cambridge History of Latin America*, vol. 5, Cambridge, University Press, 1986, pp. 79-154.

⁴³ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917*, por Horst Dippel (ed.), *Constitutions of the World, 1850 to the Present*, parte 2, Múnich, K. G. Saur, 2005, Interim Index 7, Microfiche núm. 927, 1-98, 928, 1-16. Al respecto: Santiago Barajas

la primera Constitución del mundo que complementó la disposición liberal con una orientación social, anterior a la carta comunista de Rusia de 1918 y a la carta socialdemócrata de Alemania de 1919.⁴⁴ La asamblea constituyente, convocada en 1916, excluyó tanto al porfirismo y conservadurismo como a los zapatistas y villistas, es decir, quedó en manos del Partido Liberal Constitucionalista.

En general, la Constitución mexicana de 1917 se orientó en su predecesora del *alto liberalismo* de 1857, confirmando la separación horizontal de poderes, el federalismo con la co-soberanía verticalmente dividida entre la Unión y los 24 estados miembros (artículos 40, 43 y 115-122), el sufragio universal masculino sin discriminación de los no alfabetizados (artículos 34 y 35), los derechos fundamentales amplios de tipo liberal (artículos 1-29) —pero ahora de modo iuspositivista como *garantías* otorgadas y no de modo iusnaturalista como *derechos del hombre*—⁴⁵ la justicia constitucional con el recurso del amparo (artículos 103 y 107)⁴⁶ y las leyes laicas (artículo 130), que se habían incluido originalmente a nivel constitucional mediante la reforma de 1873. En este ámbito, lo nuevo fue especialmente la constitucionalización del gran tema conflictivo del inicio de la guerra civil, es decir, la prohibición de toda reelección presidencial, sea inmediatamente o después de una pausa (artículo 83), lo cual representó una solución más amplia

M., “Las garantías sociales”, en José L. Soberanes F. *et al.*, *Estudios jurídicos en torno a la Constitución mexicana de 1917*, México, UNAM, 1992, pp. 19-40, Hidalgo, *Historia del derecho constitucional mexicano*, *cit.*, pp. 358 y ss.; Gargarella, *La sala de máquinas*, *cit.*, pp. 187 y ss.; Gómez H., *La Revolución mexicana y la Constitución de 1917*, *cit.*, pp. 77 y ss., 93 y ss.; Adrián J. Miranda C. *et al.*, *Garantías sociales*, México, Porrúa, 2012, pp. 60 y ss, 73 y ss.; Emilio O. Rabasa, *El pensamiento político y social de la Constituyente de 1916-1917*, México, UNAM, 1996, pp. 67 y ss.; *id.*, *Historia de las Constituciones mexicanas*, 3a. ed., México, UNAM, 2004, pp. 86 y ss.; Rives S., *La reforma constitucional en México*, *cit.*, pp. 29 y ss.; Ernesto de la Torre V. y Jorge M. García L., *Desarrollo histórico del constitucionalismo hispanoamericano*, México, UNAM, 1976, pp. 239 y ss.

⁴⁴ Marquardt, *Derechos humanos y fundamentales*, *cit.*, pp. 90 y ss.

⁴⁵ Miguel Carbonell, “Los derechos humanos en México durante el siglo XX”, en *Revista Mexicana de Historia del Derecho*, núm. 26, México, UNAM, 2012, pp. 124 y ss; *id.*, *Los derechos fundamentales en México*, *cit.*, pp. 773 y ss.

⁴⁶ Víctor M. Collí Ek, “La evolución constitucional del amparo en México, 1917-2013”, en *Revista Mexicana de Historia del Derecho*, núm. 28, México, UNAM, 2013, pp. 245-279.

que en la mayoría de las repúblicas americanas. Con el lema *Sufragio efectivo No reelección*, se firmaron todas las reformas constitucionales de los siguientes decenios.⁴⁷

La reforma social entró, en particular, en dos artículos de la Constitución mexicana de 1917: en primer lugar el 27, que en realidad no fue un artículo entre otros, sino más bien un capítulo extenso de la carta. Con esto, se transmutó el principio más santificado del liberalismo clásico, la propiedad privada en los recursos naturales, declarando las tierras y aguas —al estilo del *dominio superior* del Estado en el antiguo régimen— *propiedad originaria de la nación*, de la cual derivaban los derechos individuales, lo que significó que el derecho del Estado pudo absorber los derechos particulares “por causa de utilidad pública”. El Constituyente precisó tres macroobjetivos de toda política de propiedad raíz, a saber, el beneficio del pueblo, la distribución equitativa y la protección de la naturaleza. En este sentido, la Constitución mexicana de 1917 no sólo fue la primera del mundo que reconoció la función social de la propiedad, sino también un precursor visionario que anticipó la función ambiental.⁴⁸ Entre los fines particulares, se especificó “el fraccionamiento de los latifundios” y “el desarrollo de la pequeña propiedad agrícola”. Esto fue tanto un programa para revocar la reforma agraria liberal de la segunda mitad del siglo XIX como una apertura para ajustar los derechos de propiedad raíz al crecimiento rápido de la población rural.

En segundo lugar, el título sexto “del trabajo y de previsión social” reconoció por primera vez en la historia universal en el nivel constitucional un catálogo extenso de derechos sociales de los “obreros, jornaleros y empleados” (artículo 123), promulgando la jornada máxima de ocho horas por día, la prohibición del trabajo de los niños menores de doce años, la garantía del día semanal de descanso, la protección de la mujer embarazada tres meses antes y un mes después del parto, el

⁴⁷ Manuel Ferrer Muñoz, “Panorama histórico de la reelección en México”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. XLIX, núm. 227-228, 1999, México, UNAM, pp. 169 y ss.

⁴⁸ María del Carmen Carmona L., “El derecho a un medio ambiente adecuado en México”, en Miguel Carbonell (ed.), *Derechos fundamentales y Estado*, México, UNAM, 2002, pp. 228 y ss.

salario mínimo para un estándar de vida adecuado y la prohibición de discriminaciones en el salario en razón del sexo. Además, se garantizó el derecho colectivo de asociarse a través de sindicatos y el derecho individual de huelga.⁴⁹ En términos comparativos, se trató del derecho laboral más garantista de occidente.

Además, puede reconocerse un enfoque social en el constitucionalismo educativo, pues en 1917 se declaró la educación no sólo pública y laica sino también gratuita en el nivel primario (artículo 3o.) y obligatoria (artículo 31), lo que la reforma constitucional de 1934 complementó con el objetivo de la educación socialista,⁵⁰ mientras que la de 1946 normativizó la lucha “contra la ignorancia” a favor de la democracia, el “aseguramiento de nuestra independencia económica”, “la dignidad de la persona”, “la convicción del interés general de la sociedad” y “los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos los hombres”.⁵¹

Un decenio y medio después del Constituyente, la reforma constitucional de 1934 profundizó el espíritu social. La misma fue asociada con la Presidencia de Lázaro Cárdenas (1934-1940) que pretendió perfeccionar la promesa social de 1917 al estilo de una revolución desde arriba.⁵² En esta época, se robusteció también el gran mito fundador de la revolución social de 1910 y de su éxito sobresaliente.

Materializaciones del constitucionalismo social mexicano

La reforma agraria

El programa del artículo 27, es decir la reforma agraria social, se realizó paso a paso por una variedad de leyes hasta el punto culminante

⁴⁹ Mario de la Cueva, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, 21a. ed., tomo 1, México, Porrúa, 2007, pp. 44 y ss.; Sánchez C., *Las transformaciones del derecho del trabajo*, cit., pp. 5 y 120.

⁵⁰ Decreto que reforma el artículo 3o. y la fracción XXV del 73 constitucionales de 1934, en *Diario Oficial* del 13 de diciembre de 1934.

⁵¹ Decreto que reforma el artículo 3o. de la CP de 1946, en *Diario Oficial* del 30 de diciembre de 1946. Véase Carbonell, *Los derechos fundamentales en México*, op. cit., pp. 803 y ss.

⁵² Decreto del que reforma el artículo 27 de la CP de 1934, en *Diario Oficial* del 10 de enero de 1934; Decreto que reforma la fracción VII del artículo 27 constitucional de 1937, en *Diario Oficial* del 6 de diciembre de 1937.

de 1935, durante la Presidencia de Lázaro Cárdenas (1934-1940). Al fin, se redistribuyeron los latifundios en beneficio de una multitud de pequeñas unidades de subsistencia y se restauró la propiedad comunal pre-liberal de los *ejidos*.⁵³ La visión todavía era la de una sociedad preindustrial, basada en el tipo normal del campesinado de subsistencia, intentando efectuar la justicia social por medio de la inclusión de la mayoría del pueblo al acceso directo a los recursos agrarios del país. Puede verse la reforma agraria mexicana como un fenómeno paralelo a las expropiaciones de los latifundios en la Rusia comunista, pero también en muchos de los nuevos Estados de Europa oriental, aunque estos últimos tenían más un enfoque etno-nacionalista para debilitar una antigua clase de terratenientes nobles con una tradición lingüística y cultural diferente al nuevo idioma oficial del Estado nación actual.

La cuestión petrolera

De igual forma, el gobierno de Lázaro Cárdenas utilizó las opciones del artículo 27 para imponer una política pública industrial en los ramos claves de los recursos fósil-energéticos y del transporte fósil-energético. En 1938, dicho presidente ordenó por medio de un decreto⁵⁴ la nacionalización de las 17 compañías fundadoras de la explotación de petróleo en manos de empresarios británicos, neerlandeses y estadounidenses para unificarlas en la nueva empresa estatal Petróleos Mexicanos (Pemex). La justificación de esta decisión fue la utilidad pública y que las empresas privadas habían violado el derecho laboral social según el artículo 123 de la Constitución de 1917, sin respetar

⁵³ Leyes agrarias de 1917, 1919, 1920, 1928, 1929 y 1935. Véase Óscar Cuevas M., “Legislación agraria en Zacatecas 1917-1995”, en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, vol. 10, México, UNAM, 1998, pp. 237-276, 248-269; Ute Schüren, *Rationalität oder Irrationalität bäuerlichen Wirtschaftens im Kontext staatlicher Politik?* Berlín, Freie University, 2003, pp. 69 y ss.

⁵⁴ Decreto que expropia a favor del patrimonio de la Nación, los bienes muebles e inmuebles pertenecientes a las compañías petroleras que se negaron acatar el laudo de 18.12.1937 del grupo núm. 7 de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje de 1938, en *Diario Oficial* del 19 de marzo de 1938. El fundamento fue la Ley de Expropiación de 1936.

el laudo de la justicia mexicana.⁵⁵ Las empresas afectadas intentaron defenderse con el recurso del amparo, pero en 1939 la justicia constitucional de la Corte Suprema defendió la constitucionalidad de la nacionalización petrolera.⁵⁶ Al fin, la reforma constitucional de 1939 confirmó la misma.⁵⁷

De la misma manera, el Estado constitucional mexicano nacionalizó en 1938 la extensa red de los ferrocarriles que había estado en manos de concesionarios del poder público, concluyendo así una política mercado-crítica con la cual ya había empezada el gobierno de Porfirio Díaz en 1907.

El seguro social

Otro tema de la transformación a la sociedad industrial fue el del aseguramiento del individuo frente a nuevos riesgos, pues en el caso de un apuro, el trabajador asalariado ya no estaba protegido por la pertenencia a una familia agraria y comunidad local autárquica. Por tal razón, México constitucionalizó, en 1929, el propósito de crear un sistema de seguro social⁵⁸ y aprobó, en 1943, su Ley del Seguro Social con el Instituto Mexicano del Seguro Social en su núcleo, basándose en el modelo bismarckiano del Imperio Alemán (de 1883-1889). Se aseguró el obrero y su familia frente a accidentes de trabajo, enfermedades, maternidad, invalidez, muerte y pobreza de vejez. Lo que faltó en comparación con el modelo alemán de ese entonces fue el seguro de

⁵⁵ Véase las consideraciones del Decreto de 1938, *cit.* Al respecto: Raúl Benítez M., “México 1920-1945. La expropiación petrolera y la reinserción al sistema internacional”, en revista *Historia Crítica*, núm. 4, Bogotá, Uniandes, 1990, pp. 47-56; Lucio Cabrera Acevedo, *La Suprema Corte de Justicia durante el gobierno del general Lázaro Cárdenas (1935-1940)*, México, Suprema Corte de Justicia, 1999, pp. 194-413.

⁵⁶ Véase Cabrera A., *La Suprema Corte de Justicia durante el gobierno Cárdenas*, *cit.*, pp. 349-398.

⁵⁷ Decreto que adiciona el § 6 del artículo 27 constitucional (petróleo) de 1939, en *Diario Oficial* del 9 de noviembre de 1940.

⁵⁸ Ley por la cual se reforman los artículos 73 y 123 de la Constitución general de 1929, en *Diario Oficial* del 6 de septiembre de 1929.

desempleo.⁵⁹ Tampoco debe desconocerse que la iusfundamentalización a un “derecho a la protección de la salud” siguió mucho más tarde, precisamente con la reforma constitucional de 1983.⁶⁰

El sistema unipartidista de una demo-autocracia híbrida

No obstante, un problema profundo atinente a la calidad constitucional puede verse en el hecho de que las élites de la Revolución mexicana desarrollaron un sistema unipartidista no competitivo. De 1915 hasta el año 2000, es decir durante 85 años, el gobierno estuvo en manos de un solo partido de tipo socialdemócrata, originalmente en las del Partido Liberal Constitucionalista que se reestructuró en 1928 en el Partido Nacional Revolucionario; en 1938, en el Partido de la Revolución Mexicana y, en 1946, en el Partido Revolucionario Institucional (PRI).

A pesar de que se practicó cíclicamente cada tres años la elección de las cámaras y cada seis la elección popular del presidente, aquélla fue combinada con una praxis de designación del candidato único por parte del predecesor, que siempre resultó elegido hasta la transición del año 2000. Los candidatos del Partido Revolucionario Institucional recibieron típicamente entre el 75 y 90% de los votos, lo que coincidió con mayorías análogas en la Cámara de Diputados, mientras el Senado y los gobiernos de los estados federados obtuvieron el 100% a favor del partido oficial.

En varias épocas aparecieron otros partidos pequeños como el Partido Acción Nacional de ideología conservadora, a partir de 1939, pero aquéllos no eran más que una fachada seudodemocrática. Similar a las democracias populares según el modelo ruso de 1918, el partido estatal dominó todas las instituciones y encarnó, además, una organización paralela a la organización constitucional, lo que ofreció al gobierno presidencial la oportunidad de jugar libremente en una u otra estructura para imponer sus proyectos. Al fin, la separación horizontal y verti-

⁵⁹ Ley del Seguro Social de 1943, en *Diario Oficial* del 19 de enero de 1943. Al respecto: Ricardo Pozas, *La democracia en blanco*, México, Siglo XXI, 1993, p. 48; Sánchez, *Las transformaciones del derecho del trabajo*, cit., p. 135.

⁶⁰ Decreto por el que se adiciona con un párrafo penúltimo el artículo 4o. de la CP de 1983, en *Diario Oficial* del 3 de febrero de 1983. Véase Carbonell, *Los derechos fundamentales en México*, cit., pp. 813 y ss.

cal de poderes fue altamente debilitada, pues múltiples parlamentarios, jueces y élites regionales del Partido Revolucionario Institucional tenían la seria impresión de que sus oportunidades profesionales podían depender simplemente de su lealtad al presidente. Así se evitaría toda oposición, concentrándose fuertemente el poder en la rama ejecutiva. Además, el partido único integró, a partir de 1936, grandes sectores de la sociedad en tres grandes corporaciones, a saber, la Confederación de Trabajadores de México (CTM), la Confederación Nacional Campesina (CNC) de 1938, y la Confederación Nacional de Organizaciones Populares (CNOP) de 1943, lo que correspondió con tendencias análogas en el comunismo y fascismo de entonces, rompiendo de manera más profunda con el constructo liberal de la separación entre el Estado y la sociedad.

En síntesis, faltó toda competitividad programática y personal, es decir, México se acercó a una especie de dictadura de partido con similitudes al modelo soviético de ese entonces, es decir, hubo algo como un sistema comunista sin comunismo, basándose en el fundamento ideológico de la socialdemocracia.⁶¹ Por lo tanto, durante grandes partes del siglo XX, México entró a la categoría de la *demo-autocracia híbrida*.⁶²

La cuestión de la evaluación

Finalmente, surge la pregunta de la evaluación del constitucionalismo social mexicano. Por una parte, no hay dudas que abrió nuevos horizontes y perfiló decisiones claves que después fueron adoptadas en

⁶¹ Respecto al sistema del Partido Revolucionario Institucional y el (des-) equilibrio de poderes: Bravo L., *Constitución y reconstitución*, cit., pp. 176 y ss.; Carbonell, *Los derechos humanos en México durante el siglo XX*, cit., pp. 130 y ss.; Jorge Carpizo, “México, Poder Ejecutivo y derechos humanos, 1975-2005”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo LIX, núm. 251, México, UNAM, 2009, pp. 27 y ss.; Tella, *History of Political Parties*, cit., pp. 96 y ss.; Diego Valadés, “El Poder Legislativo en México (1950-1975)”, en Gerardo Gil V. y Jorge Chávez T. (eds.), *Evolución de la organización político-constitucional en América Latina (1950-1975)*, tomo 1, México, UNAM, 1978, pp. 49-71; Zimmering, *Mythenwandel und Politische Transition*, cit., pp. 31 y ss.

⁶² Sobre esta categoría: Marquardt, *Historia mundial del Estado*, tomo 4, cit., pp. 492 y ss.

muchos países de la zona, pero por otra debe destacarse una situación amarga, pues visto a largo plazo, México no ha podido romper con el patrón latinoamericano de la desigualdad social, medido ahora a partir del *Coeficiente Gini* de las Naciones Unidas. Cabe resaltar que el país azteca cuenta con valores sólo gradualmente mejores en materia de igualdad en la repartición de los ingresos que países como Colombia, Brasil o Chile, pero bastante bajos en relación con los Estados sociales de Europa.⁶³

La explicación primaria es que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 no pudo prever la futura aceleración de la transformación a la sociedad industrial, es decir, su enfoque agro-conservador en la reforma agraria social ignoró la subsiguiente urbanización industrial, así como la caída del campesinado de la gran mayoría del *demos*, hacia una pequeña minoría de la sociedad. Los grandes problemas sociales del siglo XX se abrieron, al fin, en las ciudades y no en el campo. Además, la lógica de la subsistencia minifundista creó parcelas para sobrevivir, pero nada para producir ingresos de mercado con las cuales fuera posible integrarse a la sociedad de consumo en la segunda mitad del siglo XX. Visto así, la reforma agraria social fue en su propio momento algo que pareció *justo*, pero que no alcanzó en sus efectos a largo plazo la solución de la cuestión social de la era de transformación.

No obstante, muchos otros elementos de la reforma mexicana se mostraron exitosos y estimularon el proceso de la transformación a la sociedad industrial con una cara humana. Además, como un efecto positivo a mediano plazo, debe mencionarse que México fuera, al lado de Costa Rica, el único Estado latino que, en la posterior era de la crisis del constitucionalismo iberoamericano, entre 1950 a 1990, no se hubiera visto perturbado ni por dictadores ni por conflictos muy violentos sobre la cuestión social.

⁶³ *Coeficientes de Gini*: Alemania 28.3; Gran Bretaña 36.0; Estados Unidos 40.8; México 47.2; Chile 52.1; Brasil 54.7; Colombia 55.9; UNDP (ed.), *Human Development Report 2014*, Nueva York, UNDP, 2014, pp. 168 y ss.

EL PRIMER DECENIO DE LA OLA DE DIFUSIÓN DE CONSTITUCIONES SOCIAL-LIBERALES

México no quedó como un caso aislado con sus reformas sociales de 1917, sino que el *ius constitutionale commune* iberoamericano se vio afectado por una profunda ola de difusión de contenidos en este espíritu.

*Perú y el camino a la iusfundamentalización
(1919, 1933)*

La segunda carta iberoamericana que adoptó elementos del constitucionalismo social, fue la Constitución para la República del Perú de 1919, elaborada por la Asamblea Nacional y sancionada bajo el nuevo espíritu de la era social mediante un plebiscito con el fin de remplazar la carta semi-liberal de 1860/1868.⁶⁴ Se trató de la consecuencia normativa del golpe de Estado del abogado social-liberal Augusto Bernardino Leguía quien rotó, en 1919, como disidente del Partido Civil con 30 años de gobierno burgués, fundando el nuevo Partido Democrático Reformista.

La asamblea constituyente complementó el título III sobre garantías individuales con el amplio título IV sobre garantías sociales, al cual se transfirió el tema de la propiedad con el poder expropiatorio ampliado “por causa de utilidad pública” y la capacidad de definir restricciones de dicha garantía “por razones de interés nacional” (artículos 38 y 40). De modo paralelo, el Perú rotó con el concepto liberal de la individualización de las tierras comunales del campesinado inca, reconociéndolas ahora como “imprescriptibles” (artículo 41). De igual

⁶⁴ *Constitución para la República del Perú dictada por la Asamblea Nacional de 1919 y promulgada el 18 de enero de 1920*, ed. por Congreso de la República del Perú (ed.), *Archivo Digital de la Legislación en el Perú*, http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1920/Cons1920_TEXTO.pdf (consultada el 4 de abril de 2016). Al respecto: Raúl Chanamé Orbe, *La república inconclusa*, 3a. ed., Lima, Derrama Magisterial, 2015, cap. IV; José Pareja Paz-Soldán, *Historia de las Constituciones nacionales*, Lima, PUCP, 2005, pp. 141 y ss.; Karl-P. Sommermann, “Verfassungsrecht und Verfassungskontrolle in Peru”, en *anuario Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart, NF*, vol. 36, Tübingen, Mohr Siebeck, 1987, p. 601.

forma, se definió que “la propiedad minera en toda su amplitud pertenece al Estado” (artículo 42). Al fin, se autorizó explícitamente la nacionalización de los medios de transporte como los ferrocarriles (artículo 44), aunque esto no fue realizado en la práctica. También respecto a la libertad de industria, se instauraron límites relacionados con “la seguridad o necesidad pública” (artículo 45).

Similar al caso mexicano, el constitucionalismo transformador peruano se dedicó a la protección de los trabajadores, normativizando salarios mínimos, requisitos de seguridad, la indemnización de accidentes de trabajo (artículo 47) y el “arbitraje obligatorio” en “los conflictos entre el capital y el trabajo” (artículo 48). La libertad de asociarse legalizó los sindicatos (artículo 37). Con más detallismo que la carta mexicana, fueron previstos servicios sanitarios (artículo 55) e “instituciones de previsión y de solidaridad social” (artículo 56). Como una parte integral del Estado social, se entendió también la educación primaria obligatoria y gratuita (artículo 53). En el contexto del enfoque social debe verse, además, la disposición del carácter progresivo de la contribución sobre la renta (artículo 8o.).

De igual forma, llama la atención que las garantías sociales del Perú reconocieron por primera vez en América la protección cultural de la amplia población indígena de las tierras altas, rompiendo con el paradigma liberal de la individualización de los nietos de los incas en la nación de los ciudadanos hispanoparlantes, estipulando ahora la protección estatal con el fin de proteger el “desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades” y reconociendo “la existencia legal” de sus comunidades (artículo 58).⁶⁵ De tal manera, renació un elemento estructural del antiguo *derecho indiano* de la Monarquía española. Además, cabe destacar que la tendencia étnica correspondió con la Constitución del Imperio Alemán de Weimar del mismo año, que reconoció en su artículo 113 los idiomas y patrones culturales de las minorías étnicas. Sin embargo, el Poder Constituyente del Perú no estuvo dispuesto a eliminar el requisito de la alfabetización en el sufragio, lo que significó la exclusión continuada de la mitad quechua y aimara de la población peruana del proceso electoral democrático (artículo 66).

⁶⁵ Geoffrey Bertram, “Peru 1930-1960”, en Bethell, *The Cambridge History of Latin America*, vol. 8, *cit.*, pp. 385-450.

En conclusión, a pesar de algunas ambigüedades, la Constitución para la República del Perú de 1919 fue en su sincretismo social-liberal uno de los textos constitucionales más idealistas de su tiempo, lo que puede contrastarse con el hecho de que sólo poco después en Europa, la Constitución austriaca de 1920 renunciaría a una normatividad social semejante. Con dicha carta, empezó el camino latinoamericano a la iusfundamentalización de la cuestión social que entendió las respectivas disposiciones como garantías en un rango igualitario como las de tipo liberal.

En 1924, Bernardino Leguía dejó eliminar la tradición peruana de la prohibición de la reelección inmediata, establecida desde 1839, perpetuándose por un *oncenio*. Por una parte, las habilidades de Leguía en efectuar un liderazgo enérgico sirvieron para la imposición real de varias de dichas reformas, pero por otra parte, hay que constatar poca tolerancia democrática frente a todo tipo de oposición. Las fallas en cumplir con la promesa constitucional motivaron en 1924 la formación de la Alianza Popular Revolucionaria Americana como oposición de izquierda.

La siguiente Constitución para la República del Perú de 1933,⁶⁶ un producto de la caída de Leguía ante la Gran Depresión global (1929-1939)⁶⁷ y del restablecimiento de la prohibición de la reelección, continuó con el enfoque socialdemócrata en sus títulos II I sobre garantías nacionales y sociales, III sobre educación y XI sobre la autonomía de las comunidades de indígenas. Sin embargo, esta carta contenía, a pesar de su tendencia antipresidencialista, un pecado democrático en su artículo 53 que declaró ilegal los así llamados partidos internacionales, una norma que la república moderadamente socialdemócrata utilizó tanto para prohibir la más radical Alianza Popular Revolucionaria Americana,⁶⁸ como para anular las elecciones presidenciales de 1936

⁶⁶ *Constitución para la República del Perú* de 1933, ed. por Congreso del Perú, *Archivo Digital de la Legislación*, cit. Al respecto: Pareja P., *Historia de las Constituciones nacionales*, cit., pp. 177 y ss.; Sommermann, *Verfassungsrecht*, cit., p. 602.

⁶⁷ Bertram, “Peru 1930-1960”, cit., p. 405.

⁶⁸ Mercedes García y Flavia Freidenberg, “Perú”, en *id.* y Manuel Alcántara Sáez (eds.), *Partidos políticos de América Latina. Países andinos*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2002, pp. 413 y ss.

con el argumento del supuesto apoyo del mencionado partido ilegal en beneficio del ganador.

En general, la Constitución para la República del Perú de 1933 sobrevivió tres decenios y medio hasta el gobierno revolucionario de 1968. Sin embargo, la calidad constitucional fue pesada por una práctica autocrática de frecuentes estados de emergencia, múltiples estatutos de seguridad interna, el derecho penal político, las cortes marciales, intervenciones duras en la libertad de prensa⁶⁹ y, a partir de 1948, por una variedad de gobiernos *de facto* provenientes de círculos militares.

Chile (1925)

La tercera república iberoamericana que se abrió al constitucionalismo social fue Chile, donde el abogado Arturo Alessandri ganó las elecciones presidenciales de 1920 con un programa social-liberal. En cuanto a las precondiciones particulares, hay que señalar que Chile estuvo altamente afectado por la declinación rápida de su principal producto de exportación, el salitre, a causa de la sustitución de este precioso fertilizante en Europa por abonos artificiales, producidos ahora de modo industrial según el procedimiento alemán de *Haber Bosch*, lo que transformó la zona minera primordial de Chile —la de nitrato en el desierto de Atacama— en un campo en ruinas, presionando el desempleo de muchos mineros y obreros. En este ámbito de crisis, se inició en Santiago un conflicto interorgánico entre el presidente reformador y el Congreso defensor de los intereses del economismo burgués. En 1924, un grupo de jóvenes militares entró con *ruido de sables* al Senado, presionando la adopción de los proyectos de leyes sociales de Arturo Alessandri. En este complejo ámbito conflictivo, se impuso la perspectiva de una deslegitimación del sistemaseudoparlamentario que había sido introducido por la reforma política de 1891 —llevando al cierre inconstitucional del Congreso— mientras el presidente de la República empezaría a estimular el desarrollo de una nueva Constitución chilena.

⁶⁹ Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in Times of Crisis*, Cambridge, University Press, 2006, p. 317; Juan M. Sánchez, *La revolución peruana*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2002, pp. 76 y ss.

El proyecto de Constitución fue preparado por una Comisión de Reforma, bajo la participación prominente de Alessandri y su ministro del interior. En vista de la desconfianza frente al seudoparlamentarismo oligárquico del pasado, no se convocó ninguna asamblea constituyente, sino que el Poder Constituyente se articuló en 1925 por medio de un plebiscito constitucional de los hombres adultos y alfabetizados. La pregunta inductiva condujo al esperado resultado de la aprobación por más del 90% de los votos, aunque éstos representaron —en vista de la alta ausencia electoral— sólo la minoría del 43% de la población electoral.⁷⁰ La mayoría de los abstencionistas causó inicialmente un problema de legitimidad, lo que provocó un periodo inaugural de siete años con una cuestionable calidad constitucional.

En esta situación, se impuso el gobierno del militar sin partido político Carlos Ibáñez del Campo, bajo formas que pretendieron manifestar la apariencia de lo constitucional, pero al estilo teatral de una *charada de corte*, con el programa de defender la así llamada revolución antiburguesa de 1924. El ascenso del *caudillo* se realizó gracias a una mezcla de métodos que combinaron el enfoque en las masas con el estado de sitio. No obstante, el gobierno militar cayó en la Gran Depresión Global. Siguieron varios golpes de Estado, incluyendo el experimento de la República Socialista de 1932, hasta que en las elecciones presidenciales del mismo año, ganara de nuevo el padre de la carta de 1925, Arturo Alessandri, con lo cual realmente empezó la validez de la misma que se extendió por medio siglo hasta 1973.⁷¹

Mirando a los contenidos, la Constitución Política de la República de Chile de 1925⁷² introdujo cuatro reformas principales. Primero, se

⁷⁰ Fernando Muñoz L., “Notas sobre la historia constitucional de Chile. Génesis y evolución entre 1810 y 1970”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, núm. 1, Berlín-Montevideo, KAS, 2005, p. 266.

⁷¹ Véase Enrique Brahm G., “La visión de la diplomacia alemana sobre un momento de crisis del régimen de gobierno chileno. La caída del presidente Carlos Ibáñez del Campo en julio de 1931”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, núm. 33, Valparaíso, Universidad Católica, 2011, pp. 487-510; Bravo L., *Historia de las instituciones políticas de Chile*, cit., pp. 267 y ss.; Renato Cristi y Pablo Ruiz-T., *La República en Chile. Teoría y práctica del constitucionalismo republicano*, Santiago, Lom Eds., 2006, pp. 114 y ss.; Armando de Ramón, *Historia de Chile, 1500-2000*, 5a. ed., Santiago, Catalonia, 2010, pp. 121 y ss.

⁷² *Constitución Política de la República de Chile de 1925*, ed. oficial, Santiago, Imprenta Universitaria, 1925.

reorganizó el equilibrio de poderes entre el presidente y el Congreso en el sentido del modelo iberoamericano estándar del dualismo, llamado ambigüamente presidencialismo, con la propia legitimidad democrática de los dos polos primarios de poder, eliminando el seudoparlamentarismo de 1891. Ahora, el presidente fue elegido popularmente por seis años —en lugar de cinco— sin permitir la reelección inmediata (artículo 62). Si ningún candidato recibía la mayoría absoluta, el Congreso tenía el derecho de escoger (mecanismo que se utilizó hasta la sucesión de 1970) siempre en beneficio del candidato con la mayoría relativa de votos (artículo 64).⁷³ Segundo, se confió a la Corte Suprema el control de constitucionalidad de las leyes (artículo 86 núm. 2), aunque la misma resultó poco aplicable en manos de jueces muy pasivos.⁷⁴ Tercero, se confirmó definitivamente el carácter laico del Estado, eliminando el carácter confesional de la República que había sobrevivido hasta entonces en la antigua carta de 1833 a pesar de todas las leyes laicas del último tercio del siglo XIX.⁷⁵

En cuarto lugar, Chile adoptó —de acuerdo con los fines políticos de Alessandri— el concepto de un constitucionalismo social moderado, estipulando la siguiente garantía:

La protección al trabajo, a la industria, y a las obras de previsión social, especialmente en cuanto se refieren a la habitación sana y a las condiciones económicas de la vida, en forma de proporcionar a cada habitante un mínimo de bienestar, adecuado a la satisfacción de sus necesidades personales y a las de su familia (artículo 10 núm. 14).

Chile fue en 1924 el primer país iberoamericano que introdujo, siguiendo el modelo bismarckiano del Imperio Alemán (1883-1889), el “seguro obligatorio de enfermedades y accidentes del trabajo”,⁷⁶ ini-

⁷³ Cristi & Ruiz-T., *La república en Chile*, cit., pp. 116 y ss.; Muñoz L., *Notas sobre la historia constitucional de Chile*, cit., p. 266; Humberto Nogueira A., *Constituciones iberoamericanas*. Chile, México, UNAM, 2005, pp. 25 y ss.; Thibaut, *Präsidentialismus und Demokratie*, cit., pp. 137 y ss.

⁷⁴ Muñoz L., *Notas sobre la historia constitucional de Chile*, cit., p. 267.

⁷⁵ Bravo L., *Historia de las instituciones políticas de Chile*, cit., p. 266; Cristi & Ruiz-T., *La república en Chile*, cit., p. 117.

⁷⁶ Ley núm. 4.054 sobre seguro obligatorio de enfermedades y accidentes del trabajo de 1924, en *Diario Oficial* del 26 de septiembre de 1924; *Ley núm. 4.055 sobre Accidentes*

ciando la edificación de un sistema público de previsión con la Caja de Seguro Obrero (1924) y el Servicio Nacional de Salubridad (1925), que rápidamente requirió el uso de una parte sustancial del presupuesto estatal.⁷⁷ En el mismo año, se legisló sobre la organización de los sindicatos industriales y sobre contratos de trabajo.⁷⁸ Siguieron legislaciones sociales del ámbito laboral, por ejemplo el Código de Trabajo de 1931.⁷⁹ De igual forma, la Constitución Política de la República de Chile de 1925 reconoció la función de la propiedad en el “mantenimiento y progreso del orden social”, legitimando expropiaciones “por razón de utilidad pública” (artículo 10 núm. 10). Sin embargo, esta autorización constitucional sólo se utilizó cuatro decenios después en dimensiones significativas, cuando el gobierno demócrata-cristiano de Eduardo Frei *chilenizó*, a partir de 1966, la industria del cobre y empezó paralelamente con una reforma agraria de tipo social.

Según el espíritu de la época, la Constitución Política de la República de Chile de 1925, se dedicó también a la formación de los jóvenes, declarando “la educación pública... una atención preferente del Estado” y, además, la obligatoriedad de la educación primaria (artículo 10 núm. 7). Esto posibilitó, hasta 1950, la alfabetización de cuatro quintos de los chilenos, uno de los mejores resultados del continente.⁸⁰

Una debilidad de la Constitución Política de la República de Chile de 1925 fue que ésta renunció a la tendencia general de la época de una apertura democrática del sufragio, defendiendo la exclusión de los no alfabetizados (artículo 7o.). Similar al caso peruano pero diferente a la situación en México, debe destacarse una desconfianza frente a la población indígena, aunque los mapuches representaron una parte

del Trabajo, Santiago, La Nación, 1924. Véase Bravo L., *Historia de las instituciones políticas de Chile*, cit., p. 286; Enrique Fernández D., *Estado y sociedad en Chile, 1891-1931*, Santiago, Lom, 2003, p. 142.

⁷⁷ Transformado en 1952 al Servicio de Seguro Social y el Servicio Nacional de Salud (hasta 1979-1982).

⁷⁸ *Ley núm. 4.057 sobre la organización del sindicato industrial*, Santiago, La Nación, 1924; *Ley núm. 4.053 de 1924 sobre contrato del trabajo*, Santiago, La Nación, 1924.

⁷⁹ Código del trabajo, Decreto con fuerza de Ley núm. 178 de 1931, en *Diario Oficial* del 28 de mayo de 1931.

⁸⁰ Pablo Gentili, “Marchas y contramarchas. El derecho a la educación y las dinámicas de exclusión incluyente”, en *Revista Iberoamericana de Educación*, núm. 49, Madrid, OEI, 2009, p. 26.

porcentual mucho menor del pueblo que los nietos incas del Perú. Este requisito sobrevivió en Chile hasta la reforma electoral de 1970, aunque en 1949 se incluyó el voto de las mujeres alfabetizadas.⁸¹

Ecuador (1929)

Otra república andina que se incorporó a la ola del constitucionalismo socioeconómico fue, en 1929, el Ecuador. La Constitución Política⁸² de la era del presidente Isidro Ayora (1926-1931) limitó la propiedad en función de “las necesidades y el progreso sociales” y favoreció el “desarrollo de la pequeña propiedad” (artículo 151 núm. 14). Además, declaró “la protección del trabajo y su libertad” (artículo 151 núm. 18). El Senado recibió una composición corporativista, con una representación funcional de las universidades, el profesorado escolar, el periodismo, la agricultura, el comercio, la industria, los obreros, los campesinos, los militares y un defensor indígena (artículo 33 núm. 3). La innovación más particular consistió en el otorgamiento —por primera vez en América Latina— del sufragio femenino, aunque sólo para las mujeres alfabetizadas (artículo 13), pues, similar a los casos de Chile y Perú, se excluyó a los campesinos indígenas del altiplano sin habilidades de leer y escribir. Ya en 1924, el Consejo de Estado había interpretado la Constitución anterior de 1906 de tal manera que las normas de ciudadanía incluían a las mujeres con los respectivos derechos de elegir y de ser elegidas.⁸³

No obstante, las reformas se cruzaron exactamente con la Gran Depresión Global, lo que llevó entre 1931 y 1940 a sucesiones más o menos dramáticas y caóticas de 17 presidentes de corta vida política. En este ámbito empezó la carrera insólita del social-liberal José Ma-

⁸¹ Thibaut, *Präsidentalismus*, cit., pp. 83 y ss.

⁸² *Constitución Política de la República del Ecuador* de 1929, ed. por Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, *Constituciones del Ecuador desde 1830 hasta 2008*, http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1928.pdf (consultada el 4 de abril de 2016). Al respecto: Bossano, *Evolución del derecho constitucional ecuatoriano*, cit., pp. 88 y ss.; José Reig S. y Juan I. Larrea H., *Manual de historia del derecho en el Ecuador*, 2a. ed., Quito, CEP, 2000, pp. 383 y ss.

⁸³ Véase Agustín Grijalva, *Constitucionalismo en Ecuador*, Quito, Corte Constitucional, 2012, pp. 137 y ss.

ría Velasco Ibarra que fue electo cinco veces presidente del Ecuador (1934-1935, 1944-1947, 1952-1956, 1960-1961, 1968-1972) y fue derrocado en cuatro de estos periodos por golpes militares. En esta dinámica, la carta social de 1929 fue remplazada, en 1938, por su antecesora liberal de 1906. Siguió la Constitución de justicia social de 1945 —según Bossano “la máxima conquista en el derecho constitucional ecuatoriano”— que amplió los derechos sociales y previó un Tribunal de Garantías Constitucionales (hasta 1946), seguida por la carta más moderadamente social-liberal de 1946.⁸⁴

EL SEGUNDO DECENIO DE LA OLA DE DIFUSIÓN

*Uruguay (1934, 1942): un seguro de vejez temprano
y dos autogolpes ambiguos pero aceleradores*

En la República Oriental del Uruguay, se inició el constitucionalismo social con la carta de 1934⁸⁵ que fue un producto del autogolpe antiparlamentario (1933) del abogado Gabriel Terra (1931-1938), quien gobernó de modo dictatorial pero dejó constitucionalizar las reformas sociales que sus predecesores, a partir de José Batlle y Ordóñez (1911-1915), habían introducidas legislativa y administrativamente, inclusive el seguro social, fundado a partir de ley sobre pensiones a la vejez de 1919. La Constitución de 1934 reconoció el derecho a las pensiones (artículo 58) y previó también el seguro social “para los casos de accidentes, enfermedad, invalidez, desocupación forzosa”, aunque la realización del seguro de salud siguió relativamente tarde a partir de 1958.⁸⁶ De igual forma, la carta previó la “protección especial” del

⁸⁴ *Constituciones políticas del Ecuador* de 1945 y 1946, eds. por Ministerio de Relaciones Exteriores, *Constituciones del Ecuador*, cit. Véase Bossano, *Evolución del derecho constitucional ecuatoriano*, cit., pp. 96 y ss.; Grijalva, *Constitucionalismo en Ecuador*, cit., pp. 179 y ss.; Reig y Larrea, *Manual de historia del derecho en el Ecuador*, cit., pp. 384 y ss.

⁸⁵ *Constitución de la República Oriental del Uruguay* de 1934, ed. por Poder Legislativo del Uruguay, <http://www.parlamento.gub.uy/Constituciones/Const934.htm> (consultada el 4 de abril de 2016).

⁸⁶ Mariana Sierra, *La evolución del sistema de seguridad social en el Uruguay (1829-1986)*, 2007, <https://www.colibri.udelar.edu.uy/bitstream/123456789/4171/5/dt-07-07.pdf> (consultada el 4 de abril de 2016).

trabajo (artículo 50) inclusive “la justa remuneración, la limitación de la jornada, el descanso semanal y la higiene” (artículo 53). Además, dispuso que “la ley promoverá la organización de sindicatos gremiales” (artículo 56) y reconoció la limitación de la propiedad “por razones de interés general” (artículo 31). La subsiguiente Constitución de 1942⁸⁷ retomó estas disposiciones bajo la bandera de la redemocratización, aunque la misma fue también resultado de un autogolpe presidencial efectuado por el arquitecto Alfredo Baldomir (1938-1942).⁸⁸

*La zona norandina-caribeña: Colombia,
Venezuela y Panamá (a partir de 1936)*

En 1936, el constitucionalismo social entró a la República de Colombia a manera de una reforma profunda efectuada bajo la primera presidencia del político social-liberal Alfonso López Pumarejo (1934-1938, 1942-1945).⁸⁹ Dicha reforma no fue el resultado de un gran conflicto interorgánico o de un golpe de Estado, sino la consecuencia de la victoria del Partido Liberal en las elecciones democráticas a partir de 1930. Este partido actuó como un partido socialdemócrata según el lema de la *revolución en marcha*. Por eso, es más preciso denominar la fase colombiana comprendida entre los años 1930 y 1946 socialdemócrata en lugar de *liberal*.

⁸⁷ *Constitución de la República Oriental del Uruguay* de 1942, ed. por Poder Legislativo del Uruguay, <http://www.parlamento.gub.uy/Constituciones/Const942.htm> (consultada el 4 de abril de 2016).

⁸⁸ Héctor Gros E. y Eduardo G. Esteva G., *Constituciones iberoamericanas. Uruguay, México, UNAM*, 2005, pp. 76 y ss.; Juan F. Romero T., “Constitucionalismo social en América Latina”, en Marquardt, *Constitucionalismo científico II, cit.*, pp. 79 y ss.

⁸⁹ Acto legislativo núm. 1 reformativo de la Constitución, en *Diario Oficial* núm. 23.263, del 22 de agosto de 1936. Al respecto: Juan F. Jaramillo, “Poderes políticos y Constituciones en Colombia”, en Miguel Á. Herrera Z. (ed.), *Modernidades, nueva Constitución y poderes constituyentes*, Bogotá, UNAL, 2001, p. 32; Gerardo Molina, *Las ideas liberales en Colombia, 1849-1959*, 5a. ed., Bogotá, Universidad Libre de Colombia, 2006, pp. 565 y ss.; Cesáreo Rocha O., “La reforma a la carta política de 1936”, en Jaime Vidal Perdomo (ed.), *Historia constitucional de Colombia*, tomo 2, Bogotá, Academia de Jurisprudencia, 2010, pp. 115-160; Roll, *Un siglo de ambigüedad, cit.*, pp. 64 y ss.; Romero T., *Constitucionalismo social en América Latina, cit.*, pp. 84 y ss.; Tirado M., *La revolución en marcha y la reforma constitucional de 1936, cit.*, pp. 26 y ss.; Hernando Valencia V., *Cartas de batalla*, 3a. ed., Bogotá, Panamericana, 2010, pp. 180 y ss.

Formalmente, el Congreso colombiano legisló una mera reforma parcial de la carta de 1886, pero en términos materiales se trató, como ya en 1910, de una Constitución nueva con un perfil propio. Precisamente, puede reconocerse la transformación más profunda del derecho constitucional colombiano desde 1821. Por lo tanto, este artículo habla —en contra de la convención nacional— de la Constitución de 1936.

Por una parte, la Constitución de 1936 realizó reformas con un perfil liberal, como la restauración del sufragio universal masculino (artículos 7o. y 33) —que ya había existido una vez en la era del *alto liberalismo* entre 1853 y 1886, y que superó ahora el sufragio letrado de las otras repúblicas andinas entre Chile y Venezuela—, así como, bajo un espíritu laico, la eliminación de la cláusula de homogeneidad religiosa de la educación de la *regeneración* conservadora de 1886, estableciendo nuevamente una dirección estatal de la enseñanza y, en el ánimo posliberal de los años treinta, con el objetivo de transmitir “finés sociales”. De igual forma, se subrayó el carácter “gratuito” y “obligatorio” de “la enseñanza primaria” (artículo 14). No obstante, una presencia escolar en todo el territorio estatal fue aun ajena de toda realidad, de modo que todavía en 1950 más de un tercio de los colombianos se mantuvo sin alfabetización.⁹⁰

Por otra parte, en cuanto al enfoque socioeconómico, hay que indicar la reconfiguración de la Constitución económica de la Ilustración política, basada desde hacía más de un siglo en las libertades burguesas de la propiedad e industria, esta vez bajo el nuevo sentido de “la propiedad [como] una función social que implica obligaciones” (artículo 10), definiendo un derecho del Estado a “intervenir por medio de leyes en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho” (artículo 11).⁹¹ Entre los deberes industriales del Estado, se mencionó la inspec-

⁹⁰ Gentili, *Marchas y contramarchas*, cit., p. 26; Iván F. Pacheco A., *Educación culpable, educación redentora*, IESALC-UNESCO, 2002, pp. 22 y ss.; Rocha O., *La reforma a la carta política de 1936*, cit., pp. 131 y ss.; María T. Ramírez y Juana P. Téllez, “La educación primaria y secundaria en Colombia en el siglo XX”, en James Robinson y Miguel Urrutia (eds.), *Economía colombiana del siglo XX*, Bogotá, Banco de la República-FCE, 2007, pp. 462.

⁹¹ Timmermann, «*Soziale Solidarität*» und *Agrarreform im 20. Jh.*, cit., pp. 168-194.

ción pública para garantizar la “seguridad y salubridad públicas” (artículo 15).

De igual forma, ahora “la asistencia pública [fue reconocida como] función del Estado” (artículo 16), lo que se concretó hacia 1946, cuando el Congreso colombiano aprobó la Ley 90 por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, protegiendo específicamente, según el modelo bismarckiano alemán de la década de 1880, a “los trabajadores contra los siguientes riesgos: a. Enfermedades no profesionales y maternidad; b. Invalidez y vejez.; c. Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y d. Muerte”.⁹² Sin embargo, a diferencia de la legislación de la república de Weimar de 1927, no se aseguró los riesgos de desempleo y la no inclusión al mercado laboral. Además, la expansión del Estado social a todo el territorio y todos los segmentos del pueblo, se comprobó como un proceso largo e incompleto que alcanzó, en el ámbito de la salud, una cobertura que no sobrepasó más del 22% hasta la reforma del sistema en 1993.⁹³ Los mejores asegurados fueron los funcionarios públicos del Estado mismo. En términos generales, Colombia implementó su seguro social medio siglo después de Alemania, lo que puede explicarse plausiblemente con la transformación retrasada a la sociedad industrial, aunque no debe subestimarse que también un país vecino de Alemania, Suiza, no terminó hasta 1948 con la introducción del seguro social.

No se formuló un derecho individual de trabajo, a pesar de que la Constitución colombiana de 1936 subrayó que “el trabajo es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado” (artículo 17). El Código de Trabajo de 1945 concretó esta decisión, introduciendo, entre otros, el salario mínimo.⁹⁴ De todos modos, se reconocieron

⁹² Ley 90 por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales de 1946, en *Diario Oficial*, núm. 26.322, del 7 de enero de 1947. Al respecto: Kalmanovitz, *Nueva historia económica de Colombia*, cit., pp. 258 y ss.; Hernando Torres C., *Sistema de Seguridad Social y Ley básica*, Bogotá, UNAL, 2010, pp. 22 y ss.

⁹³ Óscar Cetrángolo (ed.), *La seguridad social en América Latina y el Caribe*, Santiago, CEPAL & PNUD, 2009, p. 169; Jairo Restrepo Z., “El seguro de salud en Colombia, ¿cobertura universal?”, en revista *Gerencia y Políticas de Salud*, núm. 2, Bogotá, Javeriana, 2002, p. 28.

⁹⁴ Ley 6 por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo de

en el nivel constitucional⁹⁵ dos nuevos derechos fundamentales, característicos de los conflictos laborales, éstos fueron: “formar asociaciones” de tipo sindical y “el derecho de huelga” (artículo 20), lo cual coincidió con la tendencia internacional de esta época. En ello, puede reconocerse la inspiración por el debate democrático de un joven abogado y parlamentario social-liberal, Jorge Eliecer Gaitán, que había tematizado la masacre militar de 1928 en la huelga bananera de Ciénaga, bajo una presión de opinión que había promovido la caída del gobierno conservador en 1930.⁹⁶

Además, la Constitución de 1936 previó la planificación pública de la economía, que se precisó a través de la Ley 54 de 1939 y el Decreto 1.157 sobre fomento de la economía nacional de 1940. Sin embargo, el manejo concreto de la delegación parlamentaria de facultades extraordinarias al Poder Ejecutivo fue criticado y llevó, en 1945, a una prohibición constitucional de la misma.⁹⁷ De todos modos, en 1952 se formó un Consejo Nacional de Planificación Económica y más tarde, en 1961, se elaboró un primer Plan Decenal.

Desde la década de 1930, se puede comprobar en Colombia una gran variedad de leyes que promovieron activamente el desarrollo de estructuras de la sociedad industrial. Por ejemplo, puede mencionarse el programa de la construcción de carreteras nacionales en la Ley 88 de 1931, además la legislación petrolera de 1931 que configuró la nueva fuente energética primaria, según la tradición del derecho minero, al estilo de la propiedad dual pública-privada, otorgando concesiones a

1945, en *Diario Oficial*, núm. 25.790, del 14 de marzo de 1945. Primeras normas laborales habían existido desde la Ley 57 de 1915. Al respecto: Kalmanovitz, *Nueva historia económica de Colombia*, cit., p. 242; César Rodríguez, “La justicia laboral”, en Boaventura de Sousa S. y Mauricio García V. (eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, tomo 1, Bogotá, Siglo del Hombre, 2001, p. 616.

⁹⁵ Véase Silva R., *Proyección de un siglo de derecho laboral colectivo*, cit., pp. 50 y ss.

⁹⁶ Véase Calle M., *Constitución y guerra*, cit., pp. 164 y ss.; Marco Palacios y Frank Safford, *Colombia. País fragmentado, sociedad dividida; su historia*, Bogotá, Norma, 2002, pp. 521 y ss.; Roll, *Un siglo de ambigüedad*, cit., p. 40; Silva R., *Proyección*, cit., pp. 80 y ss.

⁹⁷ Ley 54 por el cual se confieren facultades extraordinarias al Presidente de la República de 1939, en *Diario Oficial*, núm. 24.244, del 16 de diciembre de 1939; Decreto 1.157 sobre fomento de la economía nacional de 1940, en *Diario Oficial*, núm. 24.399, del 20 de junio de 1940; artículo 28 del Acto legislativo núm. 1 de 1945, en *Diario Oficial*, núm. 25.769, del 17 de febrero de 1945.

empresas explotadoras.⁹⁸ De igual forma, la Ley 126 de 1938 estipuló: “El suministro de energía eléctrica es un servicio público fundamental, y en su establecimiento, desarrollo y financiación cooperarán la nación, los departamentos, y los municipios”.⁹⁹ La legislación transformadora actuó también en la urbanización según patrones industriales, anexando por ejemplo en 1954 seis municipios vecinos a la ciudad de Bogotá con el fin de extender el territorio de la capital.¹⁰⁰ Además, se fundaron nuevas instituciones públicas como entidades coordinadoras, por ejemplo en 1931 el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales para planear la construcción, el funcionamiento y las tarifas y, en 1940, el Ministerio de Minas y Petróleos. De todos modos, el Estado de la sociedad industrial con sus crecientes deberes públicos se convirtió en un Estado cada vez más costoso, razón por la cual se reformó el sistema tributario en varias leyes de 1931, 1935, 1936 y 1942, que profundizaron, entre otros, los impuestos directos sobre la renta, introducidos originalmente en 1918.¹⁰¹

Una aplicación del nuevo modelo social-liberal sobre la propiedad puede reconocerse en la Ley 200 sobre régimen de tierras de 1936. Frente a varios mitos nacionales, hay que subrayar que la misma encarnó menos una reforma agraria social en el sentido redistributivo de México y más una norma para la promoción de la colonización agraria que facilitara la apropiación campesina de tierras inexploradas o abandonadas, abriendo caminos para eliminar viejos títulos con un carácter meramente teórico.¹⁰²

⁹⁸ Ley 88 por la cual se adopta el Plan de Carreteras Nacionales de 1931, en *Diario Oficial*, núm. 21.746, del 23 de julio de 1931. Ley 37 del petróleo de 1931, Bogotá, Imprenta Nacional, 1931.

⁹⁹ Ley 126 sobre suministro de luz y fuerza eléctricas a los municipios, adquisición de empresas de energía eléctrica, de teléfonos y de acueductos e intervención del Estado en la prestación de los servicios de las mismas empresas de 1938, en *Diario Oficial* núm. 23.915, del 3 de noviembre de 1938.

¹⁰⁰ Decreto 3.640 por el cual se organiza el Distrito Especial de Bogotá de 1954, en *Diario Oficial* del 21 de enero de 1955.

¹⁰¹ Al respecto: Roberto Junguito y Hernán Rincón, “La política fiscal en el siglo XX en Colombia”, en Robinson y Urrutia, *Economía colombiana del siglo XX*, cit., pp. 279 y ss.; Kalmanovitz, *Nueva historia económica de Colombia*, cit., pp. 149 y ss.; Tirado M., *La revolución en marcha y la reforma constitucional de 1936*, cit., p. 26.

¹⁰² Ley 200 sobre régimen de tierras de 1936, en *Diario Oficial*, núm. 23.388, del 21 de enero de 1937. Al respecto: Jacqueline Blanco B., “De los derechos naturales a

En la esfera de la propiedad industrial, pueden verse algunas primeras prácticas cuando Colombia declaró nominalmente la guerra, sin riesgo militar, a Alemania e Italia en 1943, y confiscó las empresas en manos de ciudadanos de estos países, por ejemplo la tradicional cervecería alemana Bavaria de los Kopp en Bogotá,¹⁰³ así como la Sociedad Colombo-Alemana de Transporte Aéreo de 1919 que luego de la guerra, adoptó el nuevo diseño de las Aerovías Nacionales de Colombia (Avianca). Entre las demás intervenciones estratégicas debe mencionarse la nacionalización de la Tropical Oil Company, una empresa petrolera estadounidense que no pudo prolongar su concesión, formándose de este modo, a través de la Ley 165 de 1948 y el Decreto 30 de 1951, la Empresa Colombiana de Petróleos en manos públicas, considerada importante para la subsistencia fósil-energética del país, así como lucrativa en la esfera de las ganancias de exportación.¹⁰⁴ De igual forma, Colombia aceleró el proceso de la nacionalización de las vías férreas, integrando —en 1954— en una sola empresa pública los ferrocarriles departamentales y privados, los cuales eran considerados en este momento el sistema clave del transporte fósil-energético.¹⁰⁵ Además, se municipalizó en 1959 la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá. En el ámbito del acero, la Ley por la cual se crea la Empresa Siderúrgica Nacional de Paz del Río de 1947¹⁰⁶ tuvo la misma connotación del Estado como empresario industrial. Para no malentender la nacionalización petrolera que se dio en fechas diferentes en casi toda la América Latina, se debe tener en cuenta que, según la tradición del derecho de minería de Europa continental e Iberoamérica, los recursos naturales no renovables pertenecieron desde hace siglos, en el marco de

la libertad y la igualdad”, en Carlos M. Molina B. (ed.), *Bicentenario constitucional colombiano*, tomo 3, Medellín, Universidad de Medellín, 2013, pp. 116 y ss.; Roll, *Un siglo de ambigüedad*, cit., pp. 86 y ss.; Tirado M., *La revolución en marcha y la reforma constitucional de 1936*, cit., p. 25; Valencia V., *Cartas de batalla*, cit., pp. 184 y 224

¹⁰³ Enrique Biermann-S., *Distantes y distintos*, Bogotá, UNAL, 2001, pp. 151 y ss.

¹⁰⁴ Al respecto: Kalmanovitz, *Nueva historia económica de Colombia*, cit., p. 295; Palacios y Safford, *Colombia. País fragmentado*, cit., p. 578.

¹⁰⁵ Decreto 3.129, Ferrocarriles Nacionales de Colombia de 1954.

¹⁰⁶ Ley 45 por la cual se crea la Empresa Siderúrgica Nacional de Paz del Río de 1947, en Archivo General de la Nación (ed.), *Documentos que hicieron un país*, Bogotá, Presidencia de la República, 1997, pp. 486 y ss. Véase Kalmanovitz, *Nueva historia económica de Colombia*, cit., p. 295.

un sistema dual, originariamente al Estado y sólo de modo delegado al concesionario, es decir, ahora el dominio superior absorbió la propiedad derivada.

Dirigiendo la mirada al país vecino de los Estados Unidos de Venezuela, puede indicarse, como precondition y antehistoria, la expansión rápida —a partir de 1914— de la explotación de la fuente primaria de energía del siglo XX —el petróleo—, transformando la república caribeña en pocos años en uno de los explotadores más grandes del mundo y hasta 1955, según los cálculos de Madison (2006) sobre el Producto Interno Bruto per cápita en valores de paridad de poder (en dólares *Geary-Khamis* de 1990), en el tercer país más rico de las Américas, después de los Estados Unidos y Canadá y con mejores valores que los Estados europeos de entonces.¹⁰⁷ A partir de 1920, la federación venezolana dictó varias leyes de hidrocarburos que se enfocaron en el modelo público-privado de concesiones mineras, tanto invitando al capital extranjero como promoviendo a la Compañía Venezolana del Petróleo del presidente de la República, Juan Vicente Gómez en 1923.¹⁰⁸

La presidencia ambigua del militar Juan Vicente Gómez (1908-1914, 1922-1929, 1931-1935) llevó a una *demo-autocracia híbrida*: primero, se originó a partir de un golpe de Estado, pero curó este déficit de legitimidad; segundo, articuló una variedad de tendencias autocráticas, pero sin radicalizarse al nivel del anticonstitucionalismo abierto del *interbellum* europeo; tercero, fue un gobierno duradero pero aceptó pausas intermedias, en 1915 incluso en contra de su ya consumada reelección; cuarto, restringió el ejercicio de varios derechos fundamentales, pero nunca los eliminó como tal; y quinto, centralizó gradualmente el federalismo, pero sin anularlo. Calificaciones agudas como “dictadura”, “poder absoluto” y “caudillo ideal”¹⁰⁹ son ciertamente exagerados, pues el núcleo sistémico todavía era el constitucionalismo proveniente del *alto liberalismo* de 1864. El *gomecismo* produjo un total de siete Constituciones en 1909, 1914, 1922, 1925,

¹⁰⁷ Maddison, *The World Economy*, cit., pp. 288, 289, 440, 466 y 479.

¹⁰⁸ Michael Tarver y Julia Frederick, *The History of Venezuela*, Londres, Greenwood Publ., 2005, pp. 3 y ss., 14 y ss., 82 y ss.; Michael Zeuske, *Kleine Geschichte Venezuelas*, Múnich, C. H. Beck, 2007, pp. 143 y ss.

¹⁰⁹ Tarver y Frederick, *The History of Venezuela*, cit., p. 79.

1928, 1929 y 1931, que se distinguieron entre sí casi sólo en detalles y fueron un instrumento, en el primer caso, para constitucionalizar un gobierno *de facto* que provenía de un golpe de Estado y, en los otros, para facilitar la nueva sucesión de Juan Vicente Gómez o de uno de sus amigos políticos.¹¹⁰ Con gobernantes personalistas de este tipo, se formó la impresión de una tendencia autocrática inherente a los Estados que vivieron del petróleo.

En todo caso, a partir de 1925 el constitucionalismo venezolano reflejó la transformación industrial, declarando las concesiones mineras como una facultad del Poder Ejecutivo de la Federación (artículo 100 núm. 29) y estableciendo, en vista de las graves contaminaciones de la explotación petrolera, la *función ambiental* de la propiedad: “También estarán obligados los propietarios a observar las disposiciones sobre higiene pública, conservación de bosques y aguas, y otras semejantes que establezcan las leyes en beneficio de la comunidad” (artículo 32 núm. 2).¹¹¹

Después de la carta mexicana de 1917, se trató de la segunda del mundo que reconoció este enfoque. Un buen panorama de la sensibilidad industrial alcanzada en este momento, puede encontrarse en el artículo sobre la libertad de industria, el cual mencionó tanto la protección pública de la “propiedad intelectual, patentes de invención y marcas de fábrica”, como las concesiones sobre “ferrocarriles, empresas de navegación aérea, canalizaciones, tranvías, líneas telefónicas o telegráficas y sistemas de comunicación inalámbrica” (artículo 32 núm. 8). La libertad de asociación también fue reconocida. Paralelamente, se promulgaron primeras leyes para la protección de la clase obrera en proceso de ascenso.

De todos modos, con la muerte del longevo presidente Gómez, se inició un proceso de liberalización y reforma socioeconómica mediante la nueva Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de

¹¹⁰ *Constituciones de los Estados Unidos de Venezuela* de 1909, 1914, 1922, 1925, 1928, 1929, 1931. Tarver & Frederick, *The History of Venezuela*, cit., pp. 79 y ss.; Zeusk, *Kleine Geschichte Venezuelas*, cit., pp. 138 y ss.

¹¹¹ *Constitución de los Estados Unidos de Venezuela* de 1925, ed. por Biblioteca Virtual Cervantes, *Constituciones hispanoamericanas*, <http://www.cervantesvirtual.com/portal/Constituciones/constituciones.shtml> (28.2.2011). Similar: artículo 32 núm. 2 de las Constituciones de 1928, 1929, 1931 y 1936, cit.

1936.¹¹² Se trató también del producto de la presidencia de un militar, Eleazar López Contreras (1936-1941), pero él fue uno de los pocos representantes de su profesión que *acortaron* voluntariamente el periodo y Poder Ejecutivo. En la nueva carta, el artículo sobre la propiedad previó una política antilatifundista: “La nación favorecerá la conservación y difusión de la mediana y de la pequeña propiedad rural, y podrá, mediante... previa indemnización, expropiar tierras no explotadas de dominio privado, para dividir las o para enajenarlas” (artículo 32 núm. 2). Además, se obligó al Estado a observar los fines de “la protección social del obrero y del jornalero y los intereses económicos del país”, mencionando explícitamente el “reposo semanal” y las “vacaciones anuales remuneradas” (artículo 32 núm. 8). La orientación social puede reconocerse también en “la educación moral y cívica del niño” obligatoria, orientada en la transmisión de fines nacionales y sociales, a saber, “el engrandecimiento nacional y la solidaridad humana” (artículo 32 núm. 15). En 1940, se concretó el enfoque social por la *Ley de seguridad social obligatoria*. El régimen de militares moderadamente democráticos y sociales, terminó con el golpe de Estado de 1945, cuando el partido socialdemócrata Acción Democrática insistió en intensificaciones de las reformas que se consolidaron en la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1947.¹¹³

También el Estado hijo de Colombia en el istmo de Panamá, independiente desde 1903, adoptó el concepto de la *democracia social* en sus dos Constituciones de 1941 y 1946,¹¹⁴ bajo gobiernos liberales de

¹¹² *Constitución de los EU de Venezuela* de 1936, *cit.* Al respecto: Allan R. Brewer C., *Historia constitucional de Venezuela*, tomo 1, Caracas, Alfa, 2008, pp. 454 y ss.; Norbert Lösing, “Verfassungsentwicklung in Venezuela”, en anuario *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Neue Folge*, tomo 46, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, pp. 552-578, 560; Tarver & Frederick, *The History of Venezuela*, *cit.*, pp. 86 y ss.; Zeuske, *Kleine Geschichte Venezuelas*, *cit.*, pp. 149 y ss.

¹¹³ *Constitución de los Estados Unidos de Venezuela* de 1947, ed. por Universidad de Salamanca, Instituto de Iberoamérica (ed.), *Constituciones*, <http://americo.usal.es/oir/legislativa/normasyreglamentos/constituciones/Venezuela1947.pdf> (consultada el 4 de abril 2016).

¹¹⁴ *Constitución de la República de Panamá* de 1941, ed. oficial, Panamá, República, 1941; *Constitución de la República de Panamá*, ed. oficial, Panamá, República, 1946. Véase: Holger M. Meding, *Panama, Staat und Nation im Wandel, 1903-1941*, Colonia, Böhlau, 2002, pp. 190 y ss.; Torre V. & García L., *Desarrollo histórico*, *cit.*, pp. 263 y ss.

forma similar a su país materno. La primera de estas cartas dedicó un capítulo a los “Derechos y deberes individuales y sociales”, adoptando —de vez en cuando palabra por palabra— el modelo colombiano de 1936. La carta de la Asamblea Nacional Constituyente de 1946 fue más detallada, estructurando el título sobre los “Derechos y deberes individuales y sociales” en seis capítulos, incluyendo ahora: la propiedad social; *la familia y el trabajo* como “un derecho y un deber del individuo”; *la cultura nacional* en el sentido de la educación bajo “... la doctrina democrática y en ideales de engrandecimiento nacional y de solidaridad humana”; *la salud pública y asistencia social*, incluyendo el “saneamiento del ambiente”; “el derecho a la seguridad de [los] medios económicos de subsistencia”; así como *las colectividades campesinas e indígenas*, reconociéndose por segunda vez, luego del Perú, el perfil colectivo y grupal de la población nativa. Al fin, se formularon un total de 87 artículos idealistas sobre derechos fundamentales que describieron, de todos modos, un constitucionalismo más idealista que, por ejemplo, el de la República Federal Alemana con su carta de posguerra de 1949.¹¹⁵

*El autocratismo sociopopular:
Brasil (1934, 1937) y Bolivia (1938, 1945)*

Cabe destacar que también los Estados Unidos de Brasil, bajo el gobierno del abogado Getúlio D. Vargas (1930-1945), llamado “el padre de los pobres”, adoptaron el constitucionalismo social, antioligárquico, dirigista y corporativista en las dos cartas de 1934 y 1937.¹¹⁶ Sin embargo, en la segunda de éstas, el así llamado *Estado Novo* salió del esquema socialdemócrata, pues declaró con una fuerte tendencia antiliberal y antiparlamentaria el estado de emergencia (artículo 186), disolvió todos los parlamentos —nacional, estatales y municipales— (artículo 178), estableció una república no-partidista por medio de la prohibición de todos los partidos políticos,¹¹⁷ instauró un Departamento de

¹¹⁵ Marquardt, *Derechos humanos y fundamentales*, cit., pp. 130 y ss, 137 y ss.

¹¹⁶ *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* de 1934 & *Constituição dos Estados Unidos do Brasil* de 1937, ed. por Presidência da República, *Constituições*, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm (4.4.2016).

¹¹⁷ Decreto Lei núm. 37, dispõe sobre partidos políticos de 1937, en *Diário Oficial da União*, seção 1-4.12.1937.

Prensa y Propaganda y creó un oscuro Tribunal de Segurança Nacional con un procedimiento abreviado para juzgar delitos políticos. De tal manera, se estableció un gobierno sociopopular en manos de la “autoridad suprema del Estado” (artículo 73), del presidente, bajo algún grado de acercamiento estructural al autocratismo fascista de Europa en la década de 1930 y también retomando ciertas tradiciones de la *monarquía autocrática moderna* del Brasil del siglo XIX. Ya en la autodenominación *Estado Novo* puede detectarse una reverencia a la dictadura portuguesa de esta época en manos de Salazar. Sin embargo, no es posible negar el respaldo de la mayoría pobre del *demos* para el *vargismo* y tampoco se alcanzó la radicalidad perseguidora y mortal de los regímenes europeos de entonces.¹¹⁸

De todos modos, el *Estado Novo* cayó en 1945 por golpe militar en el clima político transnacional de la victoria liberal en la Segunda Guerra Mundial. Al fin, la Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 confirmó el constitucionalismo socioeconómico con garantías amplias en el marco de un sistema social-liberal (artículos 145-162).¹¹⁹ Los dos partidos políticos provenientes del *Estado Novo*, el Partido Social Democrático y el Partido Trabalhista Brasileiro, gobernaron hasta el golpe militar de 1964; en este marco, el popular Getúlio D. Vargas sirvió, entre 1950 y su muerte teatral en 1954, de nuevo como presidente electo de Brasil. Sobrevivió un fuerte mito político del supuesto *padre del Brasil moderno*.

De igual forma, mostró connotaciones autocráticas la Constitución social del Estado de Bolivia de 1938. Por una parte, la misma obligó a su “régimen económico [hacia] principios de justicia social que tien-

¹¹⁸ Respecto al *Estado Novo*: José Afonso da Silva, *Constituciones iberoamericanas. Brasil*, México, UNAM, 2006, pp. 11 y ss.; Bravo L., *Constitución y reconstitución*, cit., pp. 111 y ss.; Paulo Ferreira da Cunha, “Do constitucionalismo brasileiro, uma introdução histórica (1824-1988)”, en revista *Historia Constitucional*, núm. 8, Madrid-Oviedo, CEPC y Universidad de Oviedo, 2007, pp. 263-271; Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución*, cit., pp. 216 y ss.; Hobsbawm, *Historia del siglo XX*, cit., p. 113; Rafael Lamera Cabral, “Uma leitura do legado constitucional brasileiro entre 1930-1937”, en revista *Historia Constitucional*, núm. 16, Madrid-Oviedo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y Universidad de Oviedo, 2015, pp. 271-336; Karl Loewenstein, *Brazil under Vargas*, Nueva York, The MacMillan Company, 1942, *passim*.

¹¹⁹ *Constituição dos Estados Unidos do Brasil* de 1946, ed. por Presidência da República, *Constituições*, cit. Véase Gargarella, *La sala de máquinas*, cit., pp. 211 y ss.

dan a asegurar para todos los habitantes de una existencia digna del ser humano” (artículo 106) y contuvo una sección decimocuarta dedicada al “régimen social” inclusive seguro social obligatorio (artículo 122), medidas protectoras de la salud (artículo 124), viviendas salubres (artículo 124) y derechos laborales desde la huelga (artículo 126) hasta la participación en la empresa (artículo 127). Como elementos del espectro idealista, fueron previstos tanto tribunales laborales (artículo 128) como la irrenunciabilidad de los derechos laborales (artículo 129) y se pretendió reconocer la asistencia social como función del Estado (artículo 130). Por otra parte, dicha carta estuvo estrechamente conectada con el *socialismo militar* del golpista de origen alemán Germán Busch (1937-1939). Entre las precondiciones nacionales vale la pena indicar que Bolivia fundó, en 1936, la empresa pública de Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos, nacionalizando la poderosa Standard Oil estadounidense por fraude tributario. Debido al acceso a estos recursos energéticos, ocurrió entre 1932 y 1935 la sangrienta Guerra del Chaco con Paraguay, en la cual Bolivia perdió una parte de su territorio aunque defendió exitosamente los yacimientos. Sólo pocos meses después de la promulgación de la Constitución señalada, Busch murió en circunstancias dudosas, con no más de 35 años, y se impuso un gobierno proligárquico.¹²⁰

Siete años después de la caída de Busch, la Constitución Política del Estado de Bolivia de 1945¹²¹ renovó el enfoque social y antioligárquico. Se trató de un producto del gobierno del militar reformista Gualberto Villarroel López (1943-1946) en colaboración con el Movimiento Nacionalista Revolucionario. Cabe destacar que también este presidente murió con sólo 38 años, ahorcado violentamente por sus opositores en la plaza principal de la ciudad de La Paz.¹²²

¹²⁰ Artículos 106-130 de la *Constitución Política del Estado de Bolivia* de 1938, ed. por Dippel, *Constitutions of the World, 1850 to the Present*, segunda parte, cit., Interim Index 2, Microfiche núm. 241, 1-61. Al respecto: Stefan Jost, *Bolivien, Politisches System und Reformprozess*, Opladen, Leske & Budrich, 2003, p. 90; Herbert S. Klein, *A Concise History of Bolivia*, Cambridge, University Press, 2003, pp. 192 y ss.; Romero T., *Constitucionalismo social en América Latina*, cit., pp. 81 y ss.

¹²¹ *Constitución Política del Estado de Bolivia* de 1945, ed. por Biblioteca Cervantes, *Constituciones hispanoamericanas*, cit.

¹²² Siguió la *Constitución Política del Estado de Bolivia* de 1947, en Portal Jurídico Lexivox, <http://www.lexivox.org/norms/BO-CPE-19471126.xhtml> (4.4.2016). Véase Jost, *Bolivien*, cit., p. 90; Klein, *A Concise History of Bolivia*, cit., pp. 202 y ss.;

EL TERCER DECENIO DE LA OLA DE DIFUSIÓN

La integralidad idealista de Cuba (1940)

El constitucionalismo social iberoamericano alcanzó otro nivel de precisión en la Constitución de la República de Cuba de 1940,¹²³ un producto de la Presidencia del abogado Federico Laredo Brú (1936-1940) del Partido Revolucionario Cubano Auténtico que defendió una combinación de conceptos liberales, nacionalistas, socialistas y corporativistas. Entre las particularidades de la carta cubana puede aludirse, por ejemplo, la introducción de un sistema semiparlamentarista, diferente al presidencialismo extendido de las Américas. Además, se trató de una de las primeras Constituciones que reconocieron explícitamente a los partidos políticos —que el constitucionalismo del *largo siglo XIX* había dejado de lado— como un fundamento del sistema democrático (artículo 102). Respecto a la dimensión social, la Constitución de la República de Cuba mencionó la finalidad del “bienestar general” en su preámbulo y promulgó la igualdad, como el primero de sus derechos fundamentales, prohibiendo “toda discriminación por motivo de sexo, raza, color o clase” (artículo 20) y, por eso, reconociendo el “sufragio universal... del uno u otro sexo” (artículos 97 y 99).

Los enfoques posliberales se materializaron tanto en forma de un extenso título quinto “de la familia y la cultura” (artículos 43-59) como en otro título sexto “del trabajo y de la propiedad” (artículos 60-96). Se defendió el trabajo como “un derecho inalienable del in-

Pampuch & Echalar A., *Bolivien, cit.*, pp. 59 y ss. Otro ejemplo del autocratismo con connotaciones sociales, fue la Constitución Nacional del Paraguay del dictador José F. Estigarribia de 1940; *Decreto Ley núm. 2.242 por el cual promulga la nueva Constitución nacional*, ed. por Miguel Á. Pangrazio C., *Las Constituciones del Paraguay*, Asunción, Intercontinental, 2010, http://www.portalguarani.com/690_miguel_angel_pangrazio/13204_constitucion_de_1940_compilador_miguel_angel_pangrazio_ciancio_.html (4.4.2016).

¹²³ *Constitución de la República de Cuba* de 1940, ed. por Andrés M. Lazcano y Mazón, *Las Constituciones de Cuba*, Madrid, Cultura Hispánica, 1952, pp. 846-933. Véase *ibidem*, pp. 107 y ss.; Beatriz Bernal G., *Constituciones iberoamericanas. Cuba*, México, UNAM, 2008, pp. 31-41; Gargarella, *La sala de máquinas, cit.*, p. 212; Romero T., *Constitucionalismo social en América Latina, cit.*, pp. 89 y ss.; Torre y García, *Desarrollo histórico, cit.*, pp. 270 y ss.

dividuo” (artículo 60), concretizado a través del salario mínimo (artículo 61) e igualitario (artículo 62). De igual forma, se garantizó “los seguros sociales como derecho irrenunciable e imprescindible” (artículo 65), la jornada máxima de ocho horas al día (artículo 66), “la protección a la maternidad obrera” (artículo 68), los sindicatos (artículo 69), el derecho a la huelga (artículo 71), los contratos colectivos de trabajo (artículo 72), las viviendas baratas para los obreros (artículo 79) y la asistencia social (artículo 80). Respecto a la propiedad, se señaló su función social (artículo 87) y se proscribieron los latifundios, previendo un “máximo de extensión de la propiedad que cada persona o entidad pueda poseer” (artículo 90). Además, se diseñó la justicia constitucional en forma del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba, donde el ciudadano podía defender no sólo sus derechos liberales, sino también los sociales (artículos 182-183), iniciando así el camino a la justiciabilidad de dichas garantías.¹²⁴ El modelo socioeconómico de Cuba no eliminó la propiedad privada como tal, pero revalorizó el Estado como el actor central que “orientará la economía nacional en beneficio del pueblo”, pues “será función del Estado fomentar la agricultura e industria pública y beneficio colectivo” (artículo 271). En conclusión, esta Constitución social-liberal fue una de las más ambiciosas de su tiempo.

De todos modos, su destino fue estrechamente relacionado con el ambiguo militar Fulgencio Batista que sirvió, de 1940 a 1944, en nombre de la coalición socialista-democrática como el primer presidente constitucional. Sin embargo, el mismo Batista eliminó en 1952 el reino de la Constitución por un golpe de Estado, erigiendo mediante la Ley Constitucional de dicho año una dictadura personalista que protegió más los intereses de los empresarios estadounidenses que las ideas sociales.¹²⁵

¹²⁴ Al respecto: Domingo García B., “El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba (1940-1952)”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 109, México, UNAM, 2004, pp. 283-312.

¹²⁵ “Ley constitucional para la República de Cuba de 1952”, en Bernal, *Constituciones iberoamericanas. Cuba, cit.*, pp. 329-400. Al respecto: *ibidem*, pp. 41 y ss.; Torre y García, *Desarrollo histórico, cit.*, p. 271.

*Experimentos centroamericanos de la reforma social:
Costa Rica (1943, 1949) y Guatemala (1945)*

Subsiguientemente, pretende debatirse la entrada de la transformación social a la zona del ex Estado fallido de Centroamérica. En la pequeña República de Costa Rica, fue decisiva la presidencia del médico social-cristiano Rafael Ángel Calderón Guardia (1940-1944). En este periodo de una alianza notable entre el Partido Nacional y el Partido Comunista, se fundó por la Ley constitutiva de 1943 la Caja de Seguro Social¹²⁶ y se incorporó, en la reforma constitucional del mismo año, a la antigua carta de 1871, la sección dedicada a las garantías sociales con quince artículos.¹²⁷ Ahora bien, la coalición católica-comunista cayó en la guerra civil de 1948, precisamente en la sublevación de los socialdemócratas, que no se dio tanto por causa de grandes divergencias ideológicas, sino más por la discusión polémica sobre un posible fraude en las elecciones de dicho año.

Los vencedores socialdemócratas alrededor de José Figueres Ferrer, convocaron una asamblea constituyente cuyo producto, la Constitución Política de la República de Costa Rica de 1949, retomó el enfoque de 1943 en la *democracia social*. Uno de sus artículos más notables, el 12, proscribió las fuerzas armadas. Similar a la carta cubana de 1940, se constitucionalizó el derecho a agruparse en partidos políticos, pero picantemente con el suplemento de normativizar una excepción poco democrática, semejante al estilo de las cartas peruana de 1933 y venezolana de 1936, a saber, la prohibición del partido comunista (artículo 98), lo que perduró durante un cuarto de siglo. De todos modos, la Constitución costarricense se comprobó como uno de los grandes éxitos de la cuarta fase del constitucionalismo latinoamericano, pues ha sobrevivido en su núcleo, al lado de la carta mexicana de 1917, hasta el presente. En su fundamento, Costa Rica logró

¹²⁶ Ley núm. 17 constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social de 1943, en *La Gaceta*, núm. 239, del 27 de octubre de 1943.

¹²⁷ Artículo 2o. de la *Ley núm. 24* de 1943 (arts. 51-65 de la carta), ed. por Asamblea Legislativa, http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_informacion/biblioteca/Otras_publicaciones/Colecci%C3%B3n%20de%20Constituciones%20de%20Costa%20Rica/17%20Constituci%C3%B3n%201871%20%28Decreto%29.pdf (consultada el 4 de abril de 2016), pp. 445-449.

pasar la difícil quinta fase sin hundirse en los excesos de violencia que caracterizaron a la mayor parte de los Estados latinoamericanos de ese entonces.¹²⁸

En cuanto al Estado más poblado de Centroamérica, Guatemala, debe indicarse la Revolución de Octubre de 1944 que derrocó tanto al régimen personalista del militar Jorge Ubico (1931-1944) como a la carta liberal de 1879. La transformación político-jurídica se manifestó en la Constitución de la República de Guatemala de 1945, dedicada al “fin primordial de asegurar a sus habitantes el goce de la libertad, la cultura, el bienestar económico y la justicia social” (artículo 1o.).¹²⁹ Posibilitó la presidencia del filósofo Juan José Arévalo Bermejo (1945-1951) que promovió un “socialismo espiritual”, posicionándose de modo siguiente: “El comunismo, el fascismo y el nazismo también habían sido socialistas. Pero un socialismo que daba de comer con la mano izquierda, mientras con la mano derecha mutilaba las esencias morales y civiles del hombre”.¹³⁰ Empezó un decenio del ajuste sistémico bajo signos socialdemócratas, incluyendo el seguro social de 1946,¹³¹ el Código de Trabajo de 1947 y la reforma agraria de 1952, “considerando que la concentración de la tierra en pocas manos, no sólo desvirtúa la función social de la propiedad, sino que produce una considerable desproporción entre los muchos campesinos que no poseen... y unos

¹²⁸ *Constitución Política de la República de Costa Rica* de 1949, ed. por Biblioteca Cervantes, *Constituciones hispanoamericanas*, cit. Al respecto: Carlos Araya P., *Historia del derecho constitucional costarricense*, San José, Universidad Estatal a Distancia, 2005, pp. 135 y ss.; Gargarella, *La sala de máquinas*, cit., pp. 210 y ss.; Rubén Hernández V., *Constituciones iberoamericanas. Costa Rica*, México, UNAM, 2005, pp. 7 y ss., 20, 42 y ss.; Torre y García, *Desarrollo histórico*, cit., pp. 258 y ss.

¹²⁹ *Constitución de la República de Guatemala* de 1945, ed. por García L., *Constituciones Guatemala*, cit., disco compacto. Al respecto: Gargarella, *La sala de máquinas*, cit., pp. 209 y ss.; Ulrich Karpen, “Die Verfassung von Guatemala”, en anuario *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, NF, vol. 36, Tübingen, Mohr Siebeck, 1987, p. 533; Torre y García, *Desarrollo histórico*, cit., pp. 247 y ss.

¹³⁰ Citado por: Celso Lara, “Cultura y sociedad en la Revolución Guatemalteca de 1944-1954 II”, en *La Hora*, Guatemala, de 19 de octubre de 2007, <http://lahora.gt/hemeroteca-lh/cultura-y-sociedad-en-la-revolucion-guatemalteca-de-1944-1954/> (consultada el 4 de abril de 2016).

¹³¹ *Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social*, Decreto núm. 295 de 1946, ed. por ACNUR, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6727.pdf?view=1> (consultada el 4 de abril de 2016).

pocos terratenientes que la poseen en cantidades desmedidas...”.¹³² No obstante, frente al segundo presidente de corte social-liberal, Jacobo Arbenz de origen suizo, se impuso violentamente la contrarrevolución proligárquica de 1954.¹³³

La Constitución justicialista de Argentina (1949)

La última Constitución latinoamericana de la fase del ascenso del constitucionalismo social, fue una de las más detalladas, la de la Nación Argentina de 1949.¹³⁴ En términos políticos, se trató de un producto de la presidencia del militar Juan Domingo Perón (1946-1955) y del Movimiento Nacional Justicialista que defendió —después de la caída del conservadurismo oligárquico de la llamada *década infame*— una de las terceras vías entre el capitalismo y el comunismo. Respecto al diseño concreto, debe indicarse especialmente la influencia del constitucionalista Arturo Enrique Sampay.

Esta carta socialdemócrata y antioligárquica contenía un extenso capítulo sobre los derechos del trabajador, de la familia, de la ancianidad y de la educación y la cultura, garantizando, entre otros, los derechos al trabajo, la retribución justa, la capacitación, condiciones dignas de trabajo, la preservación de la salud, al bienestar, la seguridad social,

¹³² Consideraciones de la *Ley de reforma agraria, Decreto 900* de 1952, lugar: Biblioteca del Congreso de la República, <http://old.congreso.gob.gt/archivos/decretos/1952/gtdcx900.pdf> (consultada el 4 de abril de 2016).

¹³³ Siguió —sin la función social de la propiedad— la Constitución de Guatemala de 1956. Véase García L., *Constituciones Guatemala, cit.*, pp. 47 y ss.; Torre y García, *Desarrollo histórico, cit.*, p. 248.

¹³⁴ *Constitución de la Nación Argentina* de 1949, ed. por Néstor P. Sagüés, *Constituciones iberoamericanas. Argentina*, México, UNAM, 2006, pp. 315-344. Al respecto: Germán J. Bidart C., “El primer peronismo (1950-1955)”, en Héctor Fix Z. *et al.* (eds.), *Evolución de la organización político-constitucional en América Latina (1950-1975)*, tomo 2, México, UNAM, 1979, pp. 327-336; Bravo L., *Constitución y reconstitución, cit.*, pp. 121 y ss.; Gargarella, *La sala de máquinas, cit.*, pp. 222 y ss.; Carlos M. Herrera, “En los orígenes del constitucionalismo social argentino”, en revista *Historia Constitucional*, núm. 15, Madrid-Oviedo, CEPC y Universidad de Oviedo, 2014, pp. 391-414; Celso R. Lorenzo, *Manual de historia constitucional argentina*, tomo 3, Rosario, Juris, 1999, pp. 163 y ss.; Gabriel L. Negretto, *Making Constitutions*, Cambridge, University Press, 2013, pp. 113 y ss., 158 y ss.; Romero T., *Constitucionalismo social en América Latina, cit.*, pp. 82 y ss.; Sagüés, *Constituciones iberoamericanas. Argentina, cit.*, pp. 43 y ss.

la protección de la familia, el mejoramiento económico, la asistencia en la ancianidad, una vivienda higiénica, el vestido, la alimentación sana y adecuada, la enseñanza obligatoria y gratuita, el acceso a la cultura y la conservación del paisaje natural. No obstante, faltó el derecho a la huelga, pues el *justicialismo* pensó que no sería necesaria en un Estado socialmente justo. Lo que llama la atención es tanto la configuración consecuente del constitucionalismo social al estilo de derechos fundamentales de la persona como la amplitud que, hasta entonces, no había ejemplo en la historia constitucional del Nuevo Mundo. También mirando al grado de la realización, puede señalarse, por ejemplo en cuanto a la educación, que Argentina fue en ese entonces la república más exitosa de América Latina que logró bajar la tasa de analfabetismo al 14% en 1950.¹³⁵

Otro capítulo de la Constitución de la Nación Argentina de 1949 fomentó *la función social de la propiedad*, obligando “el capital... al servicio de la economía nacional y... el bienestar social” (artículo 39). Se estipuló que “el Estado, mediante una ley, podrá intervenir en la economía” (artículo 40). Ya en 1946, Argentina había adoptado la idea de remplazar la anarquía del mercado libre por la planificación sistemática de la economía, promulgando su primer *Plan* Quinquenal y, en 1952, el segundo. Esto coincidió con la introducción paralela en Francia, pero se basó en su núcleo en el modelo soviético de 1928. En la consecuencia de la política *justicialista*, se nacionalizaron, entre otros, los servicios públicos. De igual forma, en 1948 los últimos ferrocarriles privados pasaron a ser Ferrocarriles del Estado y, en 1950, las diferentes aerolíneas se convirtieron en las Aerolíneas Argentinas.

En una evaluación completa, no puede subestimarse que en la era de la Constitución de la Nación Argentina de 1949, se combinó el constitucionalismo social con una tendencia neo-presidencialista pero no dictatorial. Precisamente, Argentina continuó no sólo con el periodo presidencial largo de la carta anterior de seis años, sino que se eliminó también la prohibición de la reelección inmediata (artículo 78). Estas tendencias coincidieron con el estilo carismático del presidente Juan Domingo Perón (1946-1955) que tuvo un gobierno largo en sus manos.

¹³⁵ Gentili, *Marchas y contramarchas*, cit., p. 26.

Sin embargo, la Constitución de la Nación Argentina de 1949 sobrevivió sólo seis años hasta el golpe de Estado de 1955. En este año, una junta de militares antiperonistas la derrocó inconstitucionalmente por medio de un simple decreto ejecutivo.¹³⁶

EL SISTEMA ECONÓMICO INTERNACIONAL FRENTE AL SISTEMA CONSTITUCIONAL: LAS “REPÚBLICAS BANANERAS” EN ALGUNAS PARTES DEL ESTADO FALLIDO DE CENTROAMÉRICA

Una tendencia muy diferente de la intensificación constitucional expuesta, se encontró en algunas pequeñas repúblicas situadas en el territorio del Estado fallido de Centroamérica —cuyo último intento de reunificación había fracasado en 1921—, especialmente en los casos de El Salvador, Honduras y Nicaragua, pero también en la isla caribeña de la República Dominicana. Durante los años treinta, se impusieron en estos lugares longevas dictaduras personalistas y familiares.

En el núcleo puede reconocerse efectos de la tensión entre el sistema económico internacional y el sistema constitucional, interconectadas por el derecho de propiedad como bisagra y puerta incidente. El régimen económico internacional liberal con su centro de gravitación en la fuerza industrial estadounidense y el respectivo escudo protector, posibilitó que la United Fruit Company (UFC) y otras empresas transnacionales con sede en los Estados Unidos impusieran una enorme *huella ambiental* del consumo del norte que se basó en el flujo permanente de enormes cantidades de bananos, café y plátanos. En ello, la United Fruit Company se convirtió no sólo en el propietario privado más grande de Centroamérica, sino también en una fuerza política dominante sin ninguna disposición a aceptar su subordinación

¹³⁶ “Decreto 229 de 1956, Derogación de la Constitución de 1949”, en Sagüés, *Constituciones iberoamericanas. Argentina, cit.*, pp. 345 y 346. Se reactivó la antigua Constitución de 1853-1860 a la cual se incluyó —en la Reforma Constitucional de 1957— sólo un artículo relativamente corto sobre la protección del trabajo (artículo 14). Véase Jorge González J., *Estados de excepción y democracia liberal en América del Sur, Argentina, Chile y Colombia (1930-1990)*, Bogotá, Javeriana, 2015, pp. 139 y ss.; Hobsbawm, *Historia del siglo XX, cit.*, p. 440; Sagüés, *Constituciones iberoamericanas. Argentina, cit.*, pp. 46 y ss.

bajo las decisiones constitucionales y democráticas de los países explotados. El constitucionalismo moderno se basa en la idea de múltiples propietarios pequeños al estilo de buenos ciudadanos democráticos y no sabe manejar bien algunos propietarios se convierten en potencias económicas por encima del poder financiero del Estado, con sede en el exterior y ninguna virtud cívica del ciudadano y vecino responsable. De todos modos, el uso estratégico de la capacidad financiera por parte de la United Fruit Company, significó un enorme efecto corruptivo y llevó a una masiva des-constitucionalización de los respectivos Estados. Metáforas como los *company countries* y la empresa *pulpo*, posicionaron a la UFC incluso en las cercanías de un neo-señor feudal de presidentes marionetas.¹³⁷

Los nuevos gobiernos personalistas de América Central, establecidos entre 1930 y 1933 y supervivientes durante medio siglo hasta la década de 1980, combinaron una tendencia *cleptocrática* al enriquecimiento descarado con patrones que Juan Linz ha calificado como “sultanistas”. Torre y García usan en los capítulos de su historia constitucional comparada, palabras claves como el “militarismo” para caracterizar El Salvador, los “coroneles y bananos” para especificar Honduras y “una dinastía plebeya” con un padre presidencial y sus dos hijos sucesores en el caso de Nicaragua.¹³⁸ La situación se presentó similar en Guatemala de 1931 a 1944 y, después del fracaso del experimento con el constitucionalismo social, de nuevo de 1954 a 1986. Una famosa expresión crítica sobre la Centroamérica de esta fase hablaba con exactitud de las *repúblicas bananeras*.¹³⁹

Continuamente existieron textos constitucionales, inclusive referencias semánticas a la moda social —en Nicaragua en 1939 y en El

¹³⁷ Marcelo Bucheli, *Good Dictator, Bad Dictator. United Fruit Company and Economic Nationalism in Central America in the 20th Century*, Urbana-Champaign, University of Illinois, 2006; Jorge E. Elías C. y Antonino Vidal O., “Multinacionales bananeras e imperio económico en el gran Caribe, 1900-1940”, en *Revista Escuela de Historia*, vol. 12., núm. 2, Salta, Universidad Nacional, 2013.

¹³⁸ Juan J. Linz, *Totalitarian and Authoritarian Regimes*, Boulder, Lynne Rienner, 2000, pp. 143 y ss.; Torre y García, *Desarrollo histórico*, cit., *passim*. Véase Vladimiro Naranjo M., *Teoría constitucional e instituciones políticas*, 12a. ed., Bogotá, Temis, 2014, p. 660.

¹³⁹ Darío Euraque, *Reinterpreting the Banana Republic*, Chapel Hill, University of North Carolina, 1996, pp. 10 y ss.

Salvador en 1950— pero la norma más significativa de la carta nicaragüense de 1939 fue escondida en las disposiciones transitorias, es decir, la elección del presidente para un periodo especial de ocho años por parte de la asamblea constituyente y la perduración de ésta durante la misma época como Congreso, con lo que el dictador Anastasio Somoza García (1937-1947) se aseguró un tiempo largo sin elecciones materiales ni oposición política legal. De modo paralelo, el jefe de Estado se transformó en el hacendado de café más grande de su país, especialmente utilizando las opciones atractivas del artículo 60 de la carta que permitió confiscaciones de bienes de “nacionales del país enemigo”, es decir, de los inmigrantes alemanes, a partir de la declaración de guerra sin riesgo militar en 1941. La próxima carta de 1947 especificó directamente, en las disposiciones transitorias, un familiar de Somoza como testaferro y la de 1950 confirmó otra vez a Somoza en la Presidencia hasta 1957 (artículo 336).¹⁴⁰ No es falso caracterizar las Constituciones centroamericanas de esta época por un perfil semántico, de mera fachada, aunque tampoco debe desconocerse la tendencia a constitucionalizar casi de forma explícita arreglos que violaron los valores generales del constitucionalismo moderno. De tal manera, los gobiernos aludidos no actuaron *absolutamente* libre de reglas de sucesión que ellos tampoco pudieron transformar abiertamente en un sistema vitalicio o hereditario, pero la calidad limitadora perteneció al nivel más bajo de entonces.

Algo incuestionable de las *repúblicas bananeras* fue el proteccionismo público de la *econocracia*, lo cual significó una acentuada hostilidad hacia los derechos fundamentales liberales y sociales de la gran mayoría de la población que no era terrateniente. Por ejemplo, el dictador guatemalteco Jorge Ubico (1931-1944) protegió sistemáticamente la

¹⁴⁰ Constituciones de la República de Nicaragua de 1939, 1948 y 1950, en *La Gaceta*, núm. 68, del 23 de febrero de 1939, núm. 16, del 22 de enero de 1948, y núm. 235 del 6 de noviembre de 1950; artículo 202 de la *Constitución de Honduras* de 1936, ed. por Biblioteca Cervantes, *Constituciones hispanoamericanas*, cit.: “La Presidencia y Vicepresidencia Constitucional de la República ejercidas, respectivamente, por los ciudadanos Doctor y General don Tiburcio Carías Andino e Ingeniero y General don Abraham Williams Calderón, terminarán el primero de enero de 1943; y, con tal fin, quedarán en suspenso hasta aquella fecha los efectos de los artículos 116, 117 y 118 de esta Constitución”. Jochen Fuchs, “Die Verfassungsentwicklung in Nicaragua”, en anuario *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, NF, tomo 37, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, pp. 676, 680 y ss.

oligarquía del café y la United Fruit Company a través de una variedad de decretos que violaron los valores del constitucionalismo moderno. Uno de los más polémicos puede reconocerse en la Ley contra la Vagancia de 1934¹⁴¹ que declaraba a toda la población indígena que no trabajaba para los latifundios —pero también a los estudiantes universitarios en paro— como vagos criminales, amenazándolos con la pena pública del trabajo forzado. Otra manifestación de la misma tendencia fue el Decreto 2.795 de 1944 que cedía a “los propietarios de fincas” el derecho a matar impunemente a los recolectores indígenas de frutas naturales y productos forestales que entraron a estas zonas de la exclusión absoluta según su patrón cultural tradicional.¹⁴² Todas estas normas justificaron graves violaciones de derechos humanos.

No sorprende mucho que las repúblicas bananeras de Centroamérica se colocaran, en el marco de la dinámica general del ascenso de la educación popular, entre los últimos rangos de América Latina, excluyendo todavía a finales los años cuarenta a dos tercios o más de la población de todo acceso a la alfabetización.¹⁴³ Sintetizando, el camino centroamericano sólo produjo subdesarrollo, nada más y nada menos, lo que puede contrastarse con la historia política del quinto Estado centroamericano, Costa Rica, que escapó exitosamente, en el fundamento de la carta socialdemócrata de 1949, de este patrón destructivo.

CONSIDERACIONES COMUNES SOBRE LA FASE DEL ASCENSO DEL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL EN AMÉRICA LATINA

En los tres decenios entre 1917 y 1949, todas las repúblicas iberoamericanas adoptaron algún grado de constitucionalismo social, con las excepciones de varias dictaduras *sultanistas* de la zona centroamericana-caribeña y del Estado no soberano de Puerto Rico bajo la influencia

¹⁴¹ *Ley contra la Vagancia, Decreto núm. 1.996* de 1934, Guatemala, Tipografía Nacional, 1934.

¹⁴² José E. R. Ordóñez C., “La Constitución del Estado nación guatemalteco”, en *id.* (ed.), *Pueblos indígenas y derechos étnicos*, México, UNAM, 1999, p. 86.

¹⁴³ Gentili, *Marchas y contramarchas, cit.*, p. 26.

inmediata del liberalismo unilateral de los Estados Unidos.¹⁴⁴ Si se pretende evaluar el rango alcanzado en el *ius constitutionale commune* de América Latina, la internacionalización puede servir como un primer indicador, señalando la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales que fue aprobada en la novena Conferencia Interamericana de 1948 en Bogotá, en contra de la reserva de los Estados Unidos con su visión de promover un esquema liberal unilateral. De igual forma, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), instituida en 1948, se fundamentó en el pensamiento socialdemócrata.



Mapa 1: La difusión del constitucionalismo social en Iberoamérica¹⁴⁵

Comparando el perfil de las reformas, cabe resaltar que las repúblicas iberoamericanas combinaron el nuevo constitucionalismo socioeconómico con la estructura general del constitucionalismo liberal del siglo XIX sin *eliminar* el núcleo de la propiedad privada y de la libertad de industria, pero sí revocando el carácter *absoluto* de estas dos garan-

¹⁴⁴ El artículo 2o. de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico de 1952 se dedica a derechos liberales.

¹⁴⁵ Mapa: Bernd Marquardt.

tías claves del liberalismo económico, limitándolas por principios del mismo peso o incluso superiores del bien común. Varias de las Constituciones lograron la iusfundamentalización de la cuestión social con garantizar catálogos de derechos fundamentales de tipo social al lado de los liberales; por ejemplo, la carta peruana de 1919, la cubana de 1940 y la argentina de 1949, anclando las respectivas disposiciones en el núcleo de su sistema de valores como derechos inherentes a la dignidad del ser humano, aunque faltó todavía —con la excepción notable del precursor cubano de 1940— la justiciabilidad, dejándolos en la esfera de lo programático para el legislador. De todos modos, durante algunos años países como Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Panamá y Uruguay parecían haber entrado en un buen camino para lograr un nuevo equilibrio sólido.

En varias ocasiones la introducción originaria de la reforma social pasó por el catalizador de una constelación conflictiva inclusive un cierto grado de violencia, pero no siempre, como lo subraya el ejemplo electoral de Colombia. A veces, los conflictos duros entre los reformadores y las antiguas élites empresariales motivaron a buscar estrategias de imposición en forma de autocracias sociopopulares, pero tampoco pueden generalizarse casos acentuados como Brasil de 1937 a 1945 y Bolivia en 1938 y 1939. No obstante, también el longevo régimen unipartidista de corte socialdemócrata en México (1915-2000) fue una variante problemática que traspasó, por no ser competitivo, los límites de los indicadores cualitativos del Estado constitucional moderno, estableciendo un *sistema híbrido* entre la democracia y la autocracia.¹⁴⁶ En cambio, el Ecuador se hundió en un alto grado de inestabilidad, y también en Bolivia hubo fuertes oscilaciones entre gobiernos antioligárquicos (1937-1939, 1943-1946, 1952-1964) y proelitistas.

La mayor parte de los presidentes que promovieron la introducción del constitucionalismo social y económico, inclusive los (semi-) autocráticos, entraron al círculo de los mandatorios que la memoria popular estima como grandes nombres de su historia nacional, a veces con tendencias hacia la mitologización como padres de la respectiva modernidad. Excepciones de esta regla son aquellos gobernantes que

¹⁴⁶ Sobre esta categoría: Marquardt, *Historia mundial del Estado*, tomo 4, *cit.*, pp. 492 y ss.

se presentaron en épocas posteriores al estilo de traidores frente a su política originaria, como Batista en Cuba.

Frente al régimen comunista según el modelo soviético, la *democracia social* de América Latina tendió a distanciarse rigurosamente, a veces inclusive con prohibiciones de los respectivos partidos políticos. En cambio, varios *tribunos de la plebe* de América Latina dirigieron un cierto grado de simpatía a la presentación sociopopular y anticapitalista del fascismo europeo de Mussolini e incluso Hitler —románticamente mal entendidos sin reconocer la brutalidad anti-iushumana de ellos—, concibiendo la combinación entre nacionalismo y socialismo como atractivo, retomando conceptos antioligárquicos como la comunidad popular, la retórica pública insistente, la interacción inmediata con las masas, la representación en uniformes militares y la actuación carismática, pero sin adoptar los contenidos duros del anticonstitucionalismo autocrático. Influencias de este tipo pueden comprobarse, por ejemplo, en el presidente brasileño Getúlio Vargas (1930-1945), en su colega boliviano Gualberto Villarroel (1943-1946) o en el presidente argentino Juan Domingo Perón (1946-1955), pero también en el congresista y candidato presidencial colombiano Jorge Eliecer Gaitán, activo de 1929 hasta su asesinato en 1948.¹⁴⁷ Sólo en las reinterpretaciones después de la caída del fascismo europeo en 1945, se impuso una identificación clara de lo social en el ala *izquierda* del esquema político, mientras la categoría *derecha* fue reservada cada vez más como un sinónimo para conceptos procapitalistas.

De modo paralelo al ascenso de contenidos sociales, el constitucionalismo iberoamericano continuó con el fortalecimiento de valores en la lógica liberal. En este ámbito, se indican por ejemplo las primeras cortes constitucionales *especializadas*, en Cuba (1940-1952) y Ecuador (1945-1946).¹⁴⁸ De igual forma, se establece la primera ola de introducción del sufragio femenino con Ecuador en 1924, Brasil y Uruguay en 1932, Cuba en 1934, Panamá en 1946 y Argentina en 1947.¹⁴⁹

¹⁴⁷ Molina, *Las ideas liberales en Colombia, 1849-1959*, cit., pp. 395 y ss., 669 y ss.; Roll, *Un siglo de ambigüedad*, cit., pp. 145 y ss.

¹⁴⁸ Artículos 182 y ss. de la *Constitución de la República de Cuba* de 1940, cit.; artículos 159 y ss. de la *Constitución Política de la República del Ecuador* de 1945, cit.

¹⁴⁹ Véase Marquardt, *Los dos siglos del Estado constitucional en América Latina*, tomo 2, cit., pp. 213 y ss.

Esta combinación de valores sociales y liberales permite aplicar el concepto de la *democracia social*.¹⁵⁰ Varios críticos prefieren hablar de modo despectivo del *populismo*, pero deben preguntarse por su concepto de democracia, pues ésta se fundamenta en el principio mayoritario, y las sociedades iberoamericanas de entonces se compusieron evidentemente por una mayoría de personas sin grandes recursos materiales, mientras los burgueses letrados fueron en el papel de la minoría. Salir del enfoque unilateral en los conceptos e intereses burgueses, no fue ninguna exageración irracional, sino el ajuste de la política al *demos* real.

Los equilibrios concretos entre los valores liberales y sociales se manifestaron cada vez un poco diferentes, aunque se puede apreciar una multitud de elementos comunes como la política de la *dirección estatal a la industrialización recuperadora por sustitución de importaciones*, la introducción de la función social de la propiedad, la planificación marco de la economía y la protección pública de los trabajadores dependientes frente a varios nuevos riesgos del mercado laboral. No se comparte con Gargarella la idea de meras “cláusulas dormidas”,¹⁵¹ pues, a pesar de que no fue posible alcanzar de un día al otro algo similar a la estatalidad social de hoy, empezó el camino largo de concreción. Los Estados latinoamericanos introdujeron, tarde o temprano, el seguro social obligatorio para los obreros asalariados según el modelo bismarckiano del Imperio Alemán de finales del siglo XIX, por ejemplo Uruguay a partir de 1919, Chile en 1924, Costa Rica y México en 1943 y Colombia en 1946, asegurando de tal manera la sociedad industrial contra riesgos como enfermedades y la pobreza de vejez.

Paralelamente, las repúblicas latinoamericanas mejoraron la salud pública por los esfuerzos higiénicos en el ambiente urbano, construyendo cada vez más *maquinarias hidráulicas* con acueductos y alcantarillados.¹⁵² De igual forma, se aumentaron sucesivamente las vacunaciones preventivas contra la viruela. Con estas medidas, se entró en una de las grandes revoluciones sociales a largo plazo, a saber, la

¹⁵⁰ En detalle: Marquardt, *Democracia social*, cit., pp. 3-68.

¹⁵¹ Gargarella, *La sala de máquinas*, cit., pp. 261 y ss.

¹⁵² Para Bogotá: Rodríguez G. et al., *El agua en la historia de Bogotá*, tomo 1, cit., pp. 335 y ss.

duplicación de la expectativa de vida del ser humano. Ya entre 1910 y 1950, dicha expectativa creció en Iberoamérica de menos de 40 años a más de 50 años.¹⁵³

De todos modos, en los primeros decenios la cobertura de los seguros sociales no pudo acercarse a una inclusión completa, sino que se permitieron múltiples escalones cualitativos desde el aseguramiento generoso de los funcionarios públicos hacia la no dedicación a la población rural de subsistencia. Quedó débil la instrumentalización tributaria de recursos para la financiación de reformas exigentes. En particular, hay que indicar que el Estado social iberoamericano rechazó la adopción de dos elementos claves del modelo centroeuropeo,¹⁵⁴ a saber, tanto el seguro de desempleo —con la excepción de Uruguay a partir de 1934—¹⁵⁵ como la subsidiaria asistencia social para garantizar el *mínimo vital* de todo ser humano sin inclusión al mercado laboral. Con este vacío estructural, se posibilitó negligentemente la formación duradera de un *proletariado subobrero e informal* de los nunca incluidos a la sociedad laboral y, en consecuencia, el acompañamiento de la urbanización industrial por una creciente *slumificación* con un nuevo tipo de barrios miserables. Estos *informales* en la dimensión del 50% hasta dos tercios de la población económicamente activa,¹⁵⁶ fueron la verdadera clase baja y no los obreros de empresa ahora cada vez más protegidos. Se trató de una decisión altamente relevante en el establecimiento de las enormes discrepancias de ingresos en América Latina.

De igual forma, hay que tematizar la cuestión de los éxitos reales de la estatalidad educadora, pues los esfuerzos bicentenarios del Estado constitucional ilustrador de educar cada vez más a las masas, todavía no alcanzaron una presencia escolar en todos los lugares y, en consecuencia, ninguna alfabetización completa. Sin embargo, hay que diferenciar

¹⁵³ Max Roser, *Life Expectancy*, OurWorldInData.org, 2015, <http://ourworldindata.org/data/population-growth-vital-statistics/life-expectancy/> (consultada el 11 de enero de 2016).

¹⁵⁴ En la perspectiva comparada, el Imperio Alemán organizó la asistencia social a partir de 1924; Marquardt, *Democracia social*, cit., p. 24.

¹⁵⁵ Sara M. Ochoa L., *El seguro de desempleo en México y el mundo*, México, CESOP, 2005, p. 27.

¹⁵⁶ Mike Davies, *Planet of Slums*, Londres, Verso, 2006, pp. 23 y ss., 176 y ss.; Love, *The Rise and Decline of Economic Structuralism in Latin America*, cit., pp. 108 y ss.

alrededor de 1950 entre, por lo menos, cuatro grupos de países según el grado de la inclusión del pueblo al alfabetismo: primero, pueden destacarse una inclusión exitosa de aproximadamente cuatro quintos de la sociedad en Argentina, Chile, Costa Rica y Uruguay; segundo, una inclusión aceptable de dos tercios de los ciudadanos en Colombia, Panamá y Paraguay; tercero, una exclusión más problemática de la mitad en Brasil, Ecuador, México, Perú y la República Dominicana; cuarto, una exclusión preocupante de dos tercios en Bolivia, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua.¹⁵⁷ En ningún caso se alcanzaron la velocidad y la completitud del desarrollo educativo de Europa del norte y central, pero también en Europa del sur y oriental hubo todavía tasas sustanciales del analfabetismo.¹⁵⁸

En general, el poder estatal latinoamericano se entendió ahora, en contraste con el liberalismo del siglo XIX, como el responsable de la dirección marco de la economía nacional, tal como lo resumió con agudeza un poco más tarde, en 1968, el derecho constitucional colombiano:

Se garantizan la libertad de empresa y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, pero la dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Éste intervendrá, por mandato de la ley, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados, para racionalizar y planificar la economía a fin de lograr el desarrollo integral.¹⁵⁹

En este espíritu no se estatalizaron las ganancias empresariales, por lo menos no más allá de la participación tributaria, pero sí todas las decisiones importantes en la esfera de la política socioeconómica. Sin embargo, el nuevo diseño social de la propiedad aumentó el poder expropiatorio del Estado y llevó, en la práctica, a una ola de nacionalizaciones de empresas en varias esferas nucleares del bienestar de la sociedad fósil-energética en proceso de formación. Por ejemplo, puede

¹⁵⁷ Gentili, *Marchas y contramarchas*, cit., p. 26; Ramírez y Téllez, *La educación*, cit., p. 5.

¹⁵⁸ Hartmut Kaelble, *Sozialgeschichte Europas*, Bonn, BPB, 2007, pp. 386 y ss.

¹⁵⁹ Artículo 60. del Acto legislativo núm. 1 de 1968, en *Diario Oficial*, núm. 32.673, del 17 de diciembre de 1968.

indicarse una secuencia de fechas sobre la estatalización de los ferrocarriles, que se dio en Ecuador en 1925, en México en 1938, en Argentina y Uruguay en 1948 o en Bolivia en 1953; asimismo, sobre la industria petrolera, nacionalizada en 1936 en Bolivia (YPFB), en 1938 en México (Pemex), en 1951 en Colombia (Ecopetrol), en 1953 en Brasil (Petrobras) o más tarde, en 1976, en Venezuela (Petróleos de Venezuela). Esto se aplicó preferentemente en contra de los grandes propietarios *extranjeros*, es decir, se combinó el socialismo con rasgos de ideología nacionalista, expresando una doble connotación del término *nacionalización*, no sólo en el sentido de la estatalización de los medios de producción como tales, sino en el de una discriminación selectiva frente a extranjeros,¹⁶⁰ mientras los grandes capitalistas nacionales casi nunca tenían que temer la expropiación, sino tan sólo la planificación económica marco del Estado y los deberes tributarios. En otras palabras, las repúblicas iberoamericanas aprendieron rápidamente que los empresarios extranjeros, que muchas veces habían financiado y co-liderado la primera fase del ascenso industrial, no pudieron defenderse adecuadamente en contra de una estigmatización nacionalista y excluyente, especialmente en vista del hecho de que sus países de origen —y no sólo los del Eje en la Segunda Guerra Mundial (1939-1945) sino del mismo modo los Estados Unidos— casi nunca pudieron o quisieron intervenir enérgicamente en su favor.

En cambio, se comprobaron mucho más polémicos los intentos de expropiaciones sociales en contra de miembros de la respectiva burguesía nacional, lo que se destacó especialmente en las controversias sobre las reformas agrarias sociales: después de que la mexicana de 1917-1935 había sido exitosa en el sentido redistributivo, muchas otras mostraron un diseño ambiguo, quedaron en el papel, se dedicaron a la colonización primaria de tierras naturales, fueron desviadas o provocaron golpes de Estado para pararlas.

Cabe destacar que la época de la introducción del constitucionalismo socioeconómico no tiene un claro punto final en el sentido de que se terminara en 1949 con el respectivo enfoque, sino que esta fecha se refiere precisamente al fin de su fase introductoria. Luego siguieron

¹⁶⁰ Loewenstein, *Brazil under Vargas*, cit., pp. 207 y ss.

decenios muy conflictivos sobre la cuestión social, en el marco de la *quinta fase del Estado constitucional iberoamericano* (aproximadamente de 1950 a los años ochenta) que se caracterizó por la predominancia del anticonstitucionalismo dictatorial. No obstante, visto a largo plazo, la combinación de valores liberales y sociales se comprobó como la vía exitosa del Estado constitucional moderno en América Latina que se impuso definitivamente en la *sexta etapa del restablecimiento constitucional* a partir de los años ochenta.

BIBLIOGRAFÍA

Fuentes primarias

- (1917) *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, ed. por Horst, Dippel, *Constitutions of the World, 1850 to the Present*, parte 2, *North and South America*, Microfiche Ed., Múnich, K. G. Saur, 2005, Interim Index 7, Microfiche núm. 927, 1-98, 928, 1-16.
- (1919) *Constitución para la República del Perú dictada por la Asamblea Nacional de 1919 y promulgada el 18 de enero de 1920*, ed. por Congreso de la República del Perú: *Archivo digital de la legislación en el Perú*, http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONS-TIT_1920/Cons1920_TEXTO.pdf.
- (1924) *Ley núm. 4.053 de 1924 sobre contrato del trabajo*, Santiago de Chile, La Nación, 1924.
- (1924) *Ley núm. 4.054 sobre seguro obligatorio de enfermedades y accidentes del trabajo de 1924*, en *Diario Oficial* de la República de Chile del 26 de septiembre de 1924.
- (1924) *Ley núm. 4.055 sobre accidentes del trabajo de 1924*, Santiago de Chile, La Nación, 1924.
- (1924) *Ley núm. 4.057 sobre la organización del sindicato industrial de 1924*, Santiago de Chile, La Nación, 1924.
- (1925) *Constitución Política de la República de Chile*, ed. oficial, Santiago, Imprenta Universitaria, 1925.
- (1925) *Constitución de los Estados Unidos de Venezuela*, ed. por Biblioteca Virtual Cervantes: *Constituciones hispanoamericanas*, <http://www.cervantesvirtual.com/portal/Constituciones/constituciones.shtml>.
- (1928) *Constitución de los Estados Unidos de Venezuela*, en *Gaceta Oficial* del 23 de mayo de 1928.

- (1929) *Constitución Política de la República del Ecuador*, ed. por Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, *Constituciones del Ecuador desde 1830 hasta 2008*, http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1928.pdf.
- (1929) Ley por la cual se reforman los arts. 73 y 123 de la Constitución general, en *Diario Oficial de la Federación* del 6 de septiembre de 1929.
- (1931) Código del trabajo, Decreto con fuerza de Ley núm. 178, en *Diario Oficial*, Santiago de Chile, del 28 de mayo de 1931.
- (1931) Ley 88 por la cual se adopta el Plan de Carreteras Nacionales, en *Diario Oficial*, de Colombia, núm. 21.746, del 23 de julio de 1931.
- (1933) *Constitución para la República del Perú*, ed. por el Congreso de la República del Perú, *Archivo digital de la legislación en el Perú*, http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONS-TIT_1933/Cons1933_TEXTO.pdf.
- (1934) *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho*, ed. por Presidência da República, *Constituições*, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm.
- (1934) *Constitución de la República Oriental del Uruguay*, ed. por el Poder Legislativo del Uruguay, <http://www.parlamento.gub.uy/Constituciones/Const934.htm>.
- (1934) Decreto que reforma el artículo 3o. y la fracción XXV del 73 constitucionales, en *Diario Oficial de la Federación* del 13 de diciembre de 1934.
- (1934) Decreto que reforma el artículo 27 de la CP, en *Diario Oficial de la Federación* del 10 de enero de 1934.
- (1934) *Ley contra la Vagancia*, Decreto núm. 1.996, Guatemala, Tipografía Nacional, 1934.
- (1936) Acto legislativo núm. 1 reformativo de la Constitución, en *Diario Oficial*, de Colombia, núm. 23.263, del 22 de agosto de 1936.
- (1936) Constitución de los Estados Unidos de Venezuela, en *Gaceta Oficial*, del 21 de julio de 1936.
- (1936) Ley 200 sobre régimen de tierras, en *Diario Oficial*, de Colombia, núm. 23.388, del 21 de enero de 1937.
- (1937) *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro*, ed. por Presidência da República, *Constituições*, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm.
- (1937) *Decreto Lei núm. 37, dispõe sobre partidos políticos*, en *Diário Oficial da União*, seção 1-4.12.1937.
- (1937) Decreto que reforma la fracción VII del artículo 27 constitucional, en *Diario Oficial de la Federación* del 6 de diciembre de 1937.

- (1937) *Ley 37 del petróleo*, Bogotá, Imprenta Nacional, 1931.
- (1938) *Constitución Política del Estado de Bolivia*, ed. por Horst, Dippel, *Constitutions of the World, 1850 to the Present*, segunda parte, *North and South America*, Microfiche Ed., Múnich, K.G. Saur, 2005, Interim Index 2, Microfiche núm. 241.
- (1938) Decreto que expropia a favor del patrimonio de la nación, los bienes muebles e inmuebles pertenecientes a las compañías petroleras que se negaron acatar el laudo de 18 de diciembre de 1937 del grupo núm. 7 de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, en *Diario Oficial de la Federación* del 19 de marzo de 1938.
- (1938) Ley 126 sobre suministro de luz y fuerza eléctricas a los municipios, adquisición de empresas de energía eléctrica, de teléfonos y de acueductos e intervención del Estado en la prestación de los servicios de las mismas empresas, en *Diario Oficial* de Colombia, núm. 23.915, del 3 de noviembre de 1938.
- (1939) Decreto que adiciona el § 6o. del artículo 27 constitucional (petróleo), en *Diario Oficial de la Federación* del 9 de noviembre de 1940.
- (1939) *Ley 54 por el cual se confieren facultades extraordinarias al Presidente de la República*, en *Diario Oficial*, de Colombia, núm. 24.244, del 16 de diciembre de 1939.
- (1940) *Constitución de la República de Cuba*, ed. por Andrés María Lazcano y Mazón, *Las constituciones de Cuba*, Madrid, Ediciones de Cultura Hispánica, 1952.
- (1940) *Constitución Nacional de Paraguay, Decreto Ley núm. 2.242 por el cual promulga la nueva Constitución Nacional*, ed. por Miguel Ángel Pangrazio Ciancio, *Las constituciones del Paraguay*, 3a. ed., Asunción, Intercontinental, 2010, http://www.portalguarani.com/690_miguel_angel_pangrazio/13204_constitucion_de_1940_compilador_miguel_angel_pangrazio_ciancio_.html.
- (1940) Decreto 1.157 sobre fomento de la economía nacional, en *Diario Oficial*, núm. 24.399, del 20 de junio de 1940.
- (1941) *Constitución de la República de Panamá*, ed. oficial, Panamá, República, 1941.
- (1942) *Constitución de la República Oriental del Uruguay*, ed. por el Poder Legislativo del Uruguay, <http://www.parlamento.gub.uy/Constituciones/Const942.htm>.
- (1943) *Ley núm. 24, reforma constitucional de 2 de julio*, ed. en Costa Rica por la Asamblea Legislativa, http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_informacion/biblioteca/Otras_publicaciones/Colecci%C3%B3n%20de%20

Constituciones%20de%20Costa%20Rica/17%20Constituci%C3%B3n%201871%20%28Decreto%29.pdf.

- (1943) Ley núm. 17 constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social de 1943, en *La Gaceta*, núm. 239, Costa Rica, 27 de octubre de 1943.
- (1943) *Ley del Seguro Social*, en *Diario Oficial de la Federación* del 19 de enero de 1943.
- (1945) *Acto legislativo núm. 1*, en *Diario Oficial*, de Colombia, núm. 25.769, del 17 de febrero de 1945.
- (1945) *Constitución Política de la República del Ecuador*, ed. por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, *Constituciones del Ecuador desde 1830 hasta 2008*, http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1945.pdf.
- (1945) *Constitución Política del Estado de Bolivia*, ed. por Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, *Constituciones hispanoamericanas*, Alicante, BVMC, 2015, http://www.cervantesvirtual.com/portales/constituciones_hispanoamericanas/obra/constitucion-politica-de-24-de-noviembre-de-1945/.
- (1945) Ley 6 por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo de 1945, en *Diario Oficial*, de Colombia, núm. 25.790, del 14 de marzo de 1945.
- (1946) *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro*, ed. por Presidência da República, *Constituições*, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm.
- (1946) *Constitución de la República de Panamá*, ed. oficial, Panamá, República, 1946.
- (1946) *Constitución Política de la República del Ecuador*, ed. por Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, *Constituciones hispanoamericanas*, Alicante, BVMC, 2014, <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc-vt3j5>.
- (1946) *Decreto que reforma el artículo 3o. de la CP*, en *Diario Oficial de la Federación* del 30 de diciembre de 1946.
- (1946) *Ley 90 por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales*, en *Diario Oficial*, de Colombia, núm. 26.322, del 7 de enero de 1947.
- (1946) *Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, Decreto núm. 295 de 1946*, ed. por ACNUR, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6727.pdf?view=1>.

- (1947) *Constitución de los Estados Unidos de Venezuela*, ed. por Universidad de Salamanca, Instituto de Iberoamérica, *Constituciones*, <http://americano.usal.es/oir/legislatura/normasyreglamentos/constituciones/Venezuela1947.pdf>.
- (1947) *Constitución Política del Estado de Bolivia*, en Portal Jurídico Lexivox, <http://www.lexivox.org/norms/BO-CPE-19471126.xhtml>.
- (1947) *Ley 45 por la cual se crea la Empresa Siderúrgica Nacional de Paz del Río* de 1947, en Archivo General de la Nación (ed.), *Documentos que hicieron un país*, Bogotá, Presidencia de la República, 1997.
- (1948) *Ley núm. 8.987 de defensa permanente de la democracia, Ley maldita*, en *Diario Oficial*, Santiago de Chile, 3 de septiembre de 1948.
- (1949) *Constitución de la Nación Argentina*, ed. por Néstor Pedro Sagüés, *Constituciones iberoamericanas. Argentina*, México, UNAM, 2006.
- (1949) *Constitución Política de la República de Costa Rica*, ed. por Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, *Constituciones hispanoamericanas*, Aliante, BVMC, 2014, <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcrb8x3>.
- (1952) *Ley constitucional para la República de Cuba*, ed. por Beatriz Bernal Gómez, *Constituciones iberoamericanas. Cuba*, México, UNAM, 2008.
- (1952) *Ley de reforma agraria, Decreto 900* de 1952, lugar: Biblioteca de Congreso de la República de Guatemala, <http://old.congreso.gob.gt/archivos/decretos/1952/gtdcx900.pdf>.
- (1956) *Decreto 229, Derogación de la Constitución de 1949*, ed. por Néstor Pedro Sagüés, *Constituciones iberoamericanas. Argentina*, México, UNAM, 2006.
- (1968) *Acto legislativo núm. 1* de 1968, en *Diario Oficial*, de Colombia, núm. 32.673, del 17 de diciembre de 1968.
- (1983) *Decreto por el que se adiciona con un párrafo penúltimo el artículo 4o. de la CP* de 1983, en *Diario Oficial de la Federación* del 3 de febrero de 1983.

Bibliografía secundaria

- AFONSO DA SILVA, José, *Constituciones iberoamericanas, Brasil*, México, UNAM, 2006.
- ARAYA POCHET, Carlos, *Historia del derecho constitucional costarricense*, San José, Universidad Estatal a Distancia, 2005.
- BARAJAS MONTES DE OCA, Santiago, “Las garantías sociales”, en José Luis Soberanes Fernández *et al.*, *Estudios jurídicos en torno a la Constitución mexicana de 1917*, México, UNAM, 1992.

- BENÍTEZ M., Raúl, “México 1920-1945. La expropiación petrolera y la re-inserción al sistema internacional”, en revista *Historia Crítica*, núm. 4, Bogotá, Uniandes, 1990.
- BERNECKER, Walther L., “Die Wirtschaftliche Entwicklung Lateinamerikas in der Neuzeit”, en Martina Kaller-Dietrich *et al.* (eds.), *Lateinamerika, Geschichte und Gesellschaft im 19. und 20. Jahrhundert*, Viena, Promedia, 2004.
- BERTRAM, Geoffrey, “Peru 1930-1960”, en Leslie Bethell (ed.), *The Cambridge History of Latin America*, vol. 8, 3a. ed., Cambridge, University Press, 1999.
- BIDART CAMPOS, Germán J., “El primer peronismo (1950-1955)”, en Héctor Fix Zamudio *et al.* (eds.), *Evolución de la organización político-constitucional en América Latina (1950-1975)*, tomo 2, Sudamérica y España, México, UNAM, 1979.
- BIERMANN-S., Enrique, *Distantes y distintos. Los emigrantes alemanes en Colombia 1939-1945*, Bogotá, UNAL, 2001.
- BLANCO BLANCO, Jacqueline, “De los derechos naturales a la libertad y la igualdad”, en Carlos Mario Molina Betenacur (ed.), *Bicentenario constitucional colombiano*, tomo 3, *La r-evolución de los derechos en Colombia*, Medellín, Universidad de Medellín, 2013.
- BOGDANDY, Armin von, “*Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*. Una aclaración conceptual”, en *id. et al.* (eds.), *Ius constitutionale commune en derechos humanos en América Latina*, México, Porrúa, 2013.
- BOSSANO, Guillermo, *Evolución del derecho constitucional ecuatoriano*, Quito, Escuela Militar Eloy Alfaro, 1959.
- BRAHM GARCÍA, Enrique, “La visión de la diplomacia alemana sobre un momento de crisis del régimen de gobierno chileno. La caída del presidente Carlos Ibáñez del Campo en julio de 1931”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, núm. 33, Valparaíso, Universidad Católica, 2011.
- BRAVO LIRA, Bernardino, *Constitución y reconstitución. Historia del Estado en Iberoamérica, 1511-2009*, Santiago de Chile, Abeledo Perrot, 2010.
- , *Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica*, 2a. ed., Santiago de Chile, Andrés Bello, 1996.
- BREWER CARÍAS, Allan Randolph, *Historia constitucional de Venezuela*, tomo 1, Caracas, Alfa, 2008.
- BUCHELI, Marcelo, *Good Dictator, Bad Dictator. United Fruit Company and Economic Nationalism in Central America in the 20th Century*, Urbana-Champaign, University of Illinois, 2006, http://www.business.illinois.edu/Working_Papers/papers/06-0115.pdf.

- CABRERA ACEVEDO, Lucio, *La Suprema Corte de Justicia durante el gobierno del general Lázaro Cárdenas (1935-1940)*, México, Suprema Corte de Justicia, 1999.
- CALLE MEZA, Melba Luz, *Constitución y guerra. Una revisión del sistema de derechos fundamentales de Colombia durante el siglo XX*, Bogotá, Ibáñez, 2014.
- CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, UNAM, 2004.
- , “Los derechos humanos en México durante el siglo XX”, en *Revista Mexicana de Historia del Derecho*, núm. 26, México, UNAM, 2012.
- CARPIZO, Jorge, “México, Poder Ejecutivo y derechos humanos, 1975-2005”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo LIX, núm. 251, México, UNAM, 2009.
- CARMONA LARA, María del Carmen, “El derecho a un medio ambiente adecuado en México. Evolución, avances y perspectivas”, en Miguel Carbonell (ed.), *Derechos fundamentales y Estado*, México, UNAM, 2002.
- CETRÁNGOLO, Óscar (ed.), *La seguridad social en América Latina y el Caribe*, Santiago, CEPAL y PNUD, 2009.
- CHANAMÉ ORBE, Raúl, *La república inconclusa*, 3a. ed., Lima, Derrama Magisterial, 2015.
- COLLÍ EK, Víctor Manuel, “La evolución constitucional del amparo en México, 1917-2013”, en *Revista Mexicana de Historia del Derecho*, núm. 28, México, UNAM, 2013.
- CRISTI, Renato y Pablo Ruiz-Tagle, *La República en Chile. Teoría y práctica del constitucionalismo republicano*, Santiago, Lom Eds., 2006.
- CUEVA, Mario de la, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, 21a. ed., tomo 1, México, Porrúa, 2007.
- CUEVAS MURILLO, Óscar, “La reforma liberal en materia de propiedad”, en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, vol. 20, México, UNAM, 2008.
- DAVIES, Mike, *Planet of Slums*, Londres, Verso, 2006.
- DEVÉS, Eduardo, *Los que van a morir te saludan. Historia de una masacre, Iquique 1907*, 2a. ed., Santiago de Chile, Documentas, 1999.
- DUGUIT, Léon, *Traité de droit constitutionnel*, París, Fontemoing, 1911.
- ELÍAS CARO, Jorge Enrique y Antonino Vidal Ortega, “Multinacionales bananeras e imperio económico en el gran Caribe, 1900-1940”, en *Revista Escuela de Historia*, vol. 12., núm. 2, Salta, Universidad Nacional, 2013.
- EURAQUE, Dario, *Reinterpreting the Banana Republic*, Chapel Hill, University of North Carolina, 1996.

- FERREIRA DA CUNHA, Paulo, “Do constitucionalismo brasileiro. Uma introdução histórica (1824-1988)”, en revista *Historia Constitucional*, núm. 8, Madrid y Oviedo, CEPC y Universidad de Oviedo, 2007.
- FERNÁNDEZ D., Enrique, *Estado y sociedad en Chile, 1891-1931*, Santiago, Lom, 2003.
- FERRER MUÑOZ, Manuel, “Panorama histórico de la reelección en México”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. XLIX, núm. 227-228, 1999, México, UNAM.
- FUCHS, Jochen, “Die Verfassungsentwicklung in Nicaragua”, en anuario *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Neue Folge*, tomo 37, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo, “El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba (1940-1952)”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 109, México, UNAM, 2004.
- GARCÍA MONTERO, Mercedes y Flavia Freidenberg, “Perú”, en *id.* y Manuel Alcántara Sáez (eds.), *Partidos políticos de América Latina. Países andinos*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2002.
- GARGARELLA, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires, Katz Eds., 2014.
- GENTILI, Pablo, “Marchas y contramarchas. El derecho a la educación y las dinámicas de exclusión incluyente en América Latina”, en *Revista Iberoamericana de Educación*, núm. 49, Madrid, OEI, 2009.
- GÓMEZ HUERTA, José, “La Revolución Mexicana y la Constitución de 1917”, en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, vol. 18, México, UNAM, 2006.
- GONZÁLES MONGUÍ, Pablo Elías, “La intervención penal en las relaciones laborales”, en Marcel Silva Romero (ed.), *Derribando los obstáculos al derecho laboral*, Bogotá, Buena Semilla, 2006.
- GONZÁLEZ JÁCOME, Jorge, *Estados de excepción y democracia liberal en América del Sur. Argentina, Chile y Colombia (1930-1990)*, Bogotá, Universidad Javeriana, 2015.
- GRIJALVA JIMÉNEZ, Agustín, *Constitucionalismo en Ecuador*, Quito, Corte Constitucional, 2012.
- GROS ESPIELL, Héctor y Eduardo G. Esteva Gallicchio, *Constituciones iberoamericanas. Uruguay*, México, UNAM, 2005.
- GROSS, Oren y Fionnuala Ní Aoláin, *Law in Times of Crisis*, Cambridge, University Press, 2006.

- GUERRERO, Andrea T. y Giovanni F. Niño Contreras, *Una historia de las ideas en el derecho constitucional colombiano*, Bogotá, Universidad La Gran Colombia, 2012.
- HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Mario *et al.*, *La Organización Panamericana de la Salud y el Estado colombiano. Cien años de historia 1902-2002*, Bogotá, Organización Panamericana de la Salud, 2002.
- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *Constituciones iberoamericanas. Costa Rica*, México, UNAM, 2005.
- HERRERA, Carlos M., “En los orígenes del constitucionalismo social argentino”, en revista *Historia Constitucional*, núm. 15, Madrid y Oviedo, CEPC y Universidad de Oviedo, 2014, págs. 391-414.
- HIDALGA, Luis de la, *Historia del derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 2002.
- HOBBSBAWM, Eric, *Historia del siglo XX*, Buenos Aires, Crítica, 1998.
- JARAMILLO, Juan Fernando, “Poderes políticos y Constituciones en Colombia”, en Miguel Ángel Herrera Zgaib (ed.), *Modernidades, nueva Constitución y poderes constituyentes*, Bogotá, UNAL, 2001.
- JOST, Stefan, *Bolivien, Politisches System und Reformprozess*, Opladen, Leske & Budrich, 2003.
- JUNGUITO, Roberto y Hernán Rincón, “La política fiscal en el siglo XX en Colombia”, en James Robinson y Miguel Urrutia (eds.), *Economía colombiana del siglo XX. Un análisis cuantitativo*, Bogotá, Banco de la República & FCE, 2007.
- KAELEBLE, Hartmut, *Sozialgeschichte Europas*, Bonn, BPB, 2007.
- KALMANOVITZ, Salomón, *Nueva historia económica de Colombia*, Bogotá, Universidad Jorge Tadeo Lozano, 2010.
- KARPEN, Ulrich, “Die Verfassung von Guatemala vom 31. Mai 1985”, en anuario *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Neue Folge*, vol. 36, Tübingen, Mohr Siebeck, 1987.
- KIESEWETTER, Hubert, *Das einzigartige Europa*, 2a. ed. Stuttgart, Steiner, 2006.
- KLEIN, Herbert S., *A Concise History of Bolivia*, Cambridge, University Press, 2003.
- KOMLOS, John, “The Industrial Revolution as the Escape from the Malthusian Trap”, en *The Journal of European Economic History*, núm. 29, Roma, Capitalia, 2000.
- LAMERA CABRAL, Rafael, “Uma leitura do legado constitucional brasileiro entre 1930-1937”, en revista *Historia Constitucional*, núm. 16, Madrid y Oviedo, CEPC y Universidad de Oviedo, 2015.

- LARA, Celso, “Cultura y sociedad en la Revolución Guatemalteca de 1944-1954 II”, en *La Hora*, Guatemala, de 19 de octubre de 2007, <http://lahora.gt/hemeroteca-lh/cultura-y-sociedad-en-la-revolucion-guatemalteca-de-1944-1954/>.
- LINZ, Juan J., *Totalitarian and Authoritarian Regimes*, Boulder, Lynne Rienner Publ., 2000.
- LISCIA, María S. Di, “Marcados en la piel. Vacunación y viruela en Argentina (1870-1910)”, en revista *Ciência & Saúde Coletiva*, vol. 16, núm. 2, 2011.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Brazil under Vargas*, Nueva York, The MacMillan Company, 1942.
- LORENZO, Celso Ramón, *Manual de historia constitucional argentina*, tomo 3, Rosario, Juris, 1999.
- LÖSING, Norbert, “Verfassungsentwicklung in Venezuela”, en anuario *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Neue Folge*, tomo 46, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998.
- LOVE, Joseph L., “The Rise and Decline of Economic Structuralism in Latin America”, en revista *Latin American Research Review*, vol. 40, núm. 3, Albuquerque, Latin American Institute, 2005.
- MADDISON, Angus, *The World Economy, A Millennial Perspective and Historical Statistics*, París, OECD, 2006.
- MARQUARDT, Bernd, “Democracia social. Una aproximación teórica e histórica al Estado constitucional social en perspectiva comparada”, en *id.* (ed.), *Constitucionalismo científico II*, Bogotá, Temis, 2013.
- , *Derechos humanos y fundamentales. Una historia del derecho y valores universales o hegemonía moral de occidente?*, Bogotá, Ibáñez, 2015.
- , *Historia mundial del Estado*, tomo 4, *El Estado de la doble revolución ilustrada e industrial (1776-2014)*, Bogotá, Ecoe Eds., 2014.
- , “La Revolución Industrial en América Latina (1840-2009). Una interpretación desde la perspectiva de la teoría de los sistemas de energía”, en *id.* y Rolf Peter Sieferle, *La Revolución Industrial en Europa y América Latina. Interpretaciones ecohistóricas desde la perspectiva de la teoría de los sistemas de energía y del metabolismo social*, Bogotá, UNAL, 2009.
- , *Los dos siglos del Estado constitucional en América Latina (1810-2010). Historia constitucional comparada*, tomo 1, *Metodología y 1810-1880*, y tomo 2, *1880-2010*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2011.
- MEDING, Holger M., *Panama, Staat und Nation im Wandel, 1903-1941*, Colonia, Böhlau, 2002.

- MIRANDA CAMARENA, Adrián Joaquín *et al.*, *Garantías sociales*, México, Porrúa, 2012.
- MOISÉN LECHUGA, Patricia *et al.*, *Partidos políticos en México*, México, Cámara de Diputados, 2004.
- MOLINA, Gerardo, *Las ideas liberales en Colombia, 1849-1959*, 5a. ed., Bogotá, Universidad Libre de Colombia, 2006.
- MUÑOZ LEÓN, Fernando, “Notas sobre la historia constitucional de Chile. Génesis y evolución entre 1810 y 1970”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, núm. 1, Berlín y Montevideo, KAS, 2005.
- NARANJO MESA, Vladimiro, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, 12a. ed., Bogotá, Temis, 2014.
- NEGRETTO, Gabriel L., *Making Constitutions*, Cambridge, University Press, 2013.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Constituciones iberoamericanas. Chile*, México, UNAM, 2005.
- OCHOA LEÓN, Sara María, *El seguro de desempleo en México y el mundo*, México, Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, 2005.
- ORDÓÑEZ CIFUENTES, José Emilio Rolando, “La Constitución del Estado-nación guatemalteco. El ascenso etnocrático ladino y la configuración del colonialismo interno”, en *id.* (ed.), *Pueblos indígenas y derechos étnicos*, México, UNAM, 1999.
- PACHECO ARRIETA, Iván Francisco, *Educación culpable, educación redentora. Evolución legislativa de la educación superior en Colombia*, IE-SALC-UNESCO, 2002.
- PALACIOS, Marco y Frank Safford, *Colombia. País fragmentado, sociedad dividida. Su historia*, Bogotá, Norma, 2002.
- PAREJA PAZ-SOLDÁN, José, *Historia de las Constituciones nacionales*, Lima, PUCP, 2005.
- PFISTER, Christian, *Das 1950er Syndrom*, Berna, Haupt Verlag, 1995.
- POZAS, Ricardo, *La democracia en blanco*, México, Siglo XXI, 1993.
- RABASA, Emilio Óscar, *El pensamiento político y social del Constituyente de 1916-1917*, México, UNAM, 1996.
- , *Historia de las Constituciones mexicanas*, 3a. ed., México, UNAM, 2004.
- RAMÍREZ, María Teresa y Juana Patricia Téllez, “La educación primaria y secundaria en Colombia en el siglo XX”, en James Robinson y Miguel Urrutia (eds.), *Economía colombiana del siglo XX. Un análisis cuantitativo*, Bogotá, Banco de la República y Fondo de Cultura Económica, 2007.

- RAMÓN, Armando de, *Historia de Chile, 1500-2000*, 5a. ed., Santiago, Catalonia, 2010.
- REIG SATORRES, José y Juan I. Larrea Holguín, *Manual de historia del derecho en el Ecuador*, 2a. ed., Quito, CEP, 2000.
- RESTREPO Z., Jairo, “El seguro de salud en Colombia, ¿cobertura universal?”, en revista *Gerencia y políticas de salud*, núm. 2, Bogotá, Javeriana, 2002.
- REY, Romeo, *Geschichte Lateinamerikas vom 20. Jahrhundert bis zur Gegenwart*, Múnich, Verlag C. H. Beck, 2006.
- RIVES SÁNCHEZ, Roberto, *La reforma constitucional en México*, México, UNAM, 2010.
- ROCHA OCHOA, Cesáreo, “La reforma a la carta política de 1936”, en Jaime Vidal Perdomo (ed.), *Historia constitucional de Colombia*, tomo 2, Bogotá, Academia de Jurisprudencia, 2010.
- RODRÍGUEZ, César, “La justicia laboral”, en Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas (eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico*, tomo 1, Bogotá, Siglo del Hombre Eds., 2001.
- RODRÍGUEZ GÓMEZ, Juan Camilo *et al.*, *El agua en la historia de Bogotá*, tomo 1, Bogotá, Villegas Eds., 2003.
- RODRÍGUEZ L., Vidal, *La viruela en Venezuela*, Caracas, Ateproca, 2012.
- ROLL, David, *Un siglo de ambigüedad*, Bogotá, Cerec, 2001.
- ROMERO TOBÓN, Juan Fernando, “Constitucionalismo social en América Latina. Los casos de Argentina, Bolivia, Colombia, Cuba y Uruguay desde el lente de la revolución pasiva y la tragedia”, en Bernd Marquardt (ed.), *Constitucionalismo científico II*, Bogotá, Temis, 2013.
- ROSER, Max, *Life Expectancy*, *OurWorldInData.org*, 2015, <http://ourworldindata.org/data/population-growth-vital-statistics/life-expectancy/>.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Constituciones iberoamericanas. Argentina*, México, UNAM, 2006.
- SÁNCHEZ ÁNGEL, Ricardo, *Huelga. Luchas de la clase trabajadora*, Bogotá, UNAL, 2009.
- SÁNCHEZ CASTAÑEDA, Alfredo, *La transformaciones del derecho del trabajo*, México, UNAM, 2006.
- SCHÜREN, Ute, *Rationalität oder Irrationalität bäuerlichen Wirtschaftens im Kontext staatlicher Politik?* Berlín, Freie University, 2003.
- SIEFERLE, Rolf Peter, “El camino especial de Europa”, en *id.* y Bernd Marquardt, *La Revolución Industrial en Europa y América Latina. Interpretaciones ecohistóricas desde la perspectiva de la teoría de los sistemas de energía y del metabolismo social*, Bogotá, UNAL, 2009.

- SIERRA, Mariana, *La evolución del sistema de seguridad social en el Uruguay (1829-1986)*, 2007, <https://www.colibri.udelar.edu.uy/bitstream/123456789/4171/5/dt-07-07.pdf>.
- SILVA ROMERO, Marcel, *Proyección de un siglo de derecho laboral colectivo en Colombia*, 3a. ed., Bogotá, UNAL, 2005.
- SOMMERMAN, Karl-P., “Verfassungsrecht und Verfassungskontrolle in Peru”, en anuario *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Neue Folge*, vol. 36, Tübingen, Mohr Siebeck, 1987.
- TARVER, Michael y Julia Frederick, *The History of Venezuela*, Londres, Greenwood Publ., 2005.
- TELLA, Torcuato S. di, *History of Political Parties in 20th-Century Latin America*, New Brunswick, Transaction, 2004.
- THIBAUT, Bernhard, *Präsidentalismus und Demokratie in Lateinamerika*, Opladen, Leske & Budrich, 1996.
- TIMMERMANN, Andreas, “«Soziale Solidarität» und Agrarreform im 20. Jahrhundert, Zur Wirkung der Rechtsschule León Duguits”, en revista *Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, vol. 37, núm. 2, Hamburgo, Gesellschaft für Völkerrecht und Auswärtige Politik, 2004.
- TIRADO MEJÍA, Álvaro, *La revolución en marcha y la reforma constitucional de 1936*, Bogotá, Universidad Externado, 1985.
- TORRE VILLAR, Ernesto de la y Jorge Mario García Laguardia, *Desarrollo histórico del constitucionalismo hispanoamericano*, México, UNAM, 1976.
- TORRES C., Hernando, *Sistema de Seguridad Social y ley básica*, Bogotá, UNAL, 2010.
- UNDP (ed.), *Human Development Report 2014*, Nueva York, UNDP, 2014.
- UPRIMNY YEPES, Rodrigo, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina”, en César Rodríguez G. (ed.), *El derecho en América Latina*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.
- VALADÉS, Diego, “El Poder Legislativo en México (1950-1975)”, en Gerardo Gil Valdivia y Jorge Chávez Tapia (eds.), *Evolución de la organización político-constitucional en América Latina (1950-1975)*, tomo 1, México, UNAM, 1978.
- VALENCIA VILLA, Hernando, *Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*, 3a. ed., Bogotá, Panamericana, 2010.
- WOMACK, John Jr., “The Mexican Revolution, 1910-1920”, en Leslie Bethell (ed.), *The Cambridge History of Latin America*, vol. 5, Cambridge, University Press, 1986.
- WORLD RESOURCES INSTITUTE (ed.), *Climate Analysis Indicators Tool, Cumulative Emissions, 1850-2007*.

- ZEUSKE, Michael, *Kleine Geschichte Venezuelas*, München, C. H. Beck, 2007.
- ZIMMERING, Raina, “Mythenwandel und Politische Transition in Mexiko”,
en *id.* (ed.), *Der Revolutionsmythos in Mexiko*, Würzburg, Königshausen
& Neumann, 2005.



LA INFLUENCIA DE LA REVOLUCIÓN MEXICANA EN EL DERECHO CUBANO HASTA 1960

Santiago Antonio Bahamonde Rodríguez*

INTRODUCCIÓN

Pocos acontecimientos han marcado tanto la historia del siglo XX como la Revolución mexicana. Las transformaciones ocurridas en el orden económico, político y social a raíz de este proceso incidieron en el desarrollo del pensamiento político y jurídico latinoamericano de la centuria, Cuba no quedó al margen de este fenómeno. La Revolución mexicana sirvió de inspiración a toda la generación de dirigentes políticos cubanos que hicieron la revolución frustrada de 1933. Los ideales de justicia social, reforma agraria, igualdad, derechos laborales, permearon profundamente el ideario de la intelectualidad cubana de los años veinte. A ello hay que añadir el ejemplo de ejercicio de la soberanía y de la autodeterminación, frente a la agresión extranjera, o la nacionalización de recursos naturales básicos, que actuó como acicate para los pensadores y dirigentes políticos cubanos.

En este orden de cosas, la Constitución mexicana de 1917 marcó un hito en la historia del constitucionalismo moderno, al ser la primera en reconocer los derechos de segunda generación, esto es, los económicos, sociales y culturales. No es extraño que la misma haya servido

* Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor de Historia General del Estado y del Derecho y de Historia del Estado y del Derecho en Cuba de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

de inspiración a diversos textos alrededor del orbe, entre los que se encuentra la cubana de 1940. Su presencia resultó visible en los debates de la Convención Constituyente y en los programas de los partidos políticos de la época.

Lamentablemente, este proceso no ha sido bien analizado en nuestra doctrina, encontrándose entre nuestros autores algunas referencias aisladas.¹ Hoy por hoy, muchos de los logros de la Constitución de 1940, parecen resultados de un esfuerzo autóctono, cuando en realidad, sobre todo en el tema referido a los derechos, hay que buscar mucha referencia en la carta magna mexicana de 1917, y, en sentido general, del derecho de la Revolución mexicana.

Es por ello que, en este pequeño estudio en homenaje al centenario de la Constitución de 1917, procuraremos ofrecer algunas claves de la influencia del derecho mexicano, emanado de la Revolución, en las transformaciones del derecho en Cuba con anterioridad a 1959. Con ello procuraremos el estudio de las principales líneas teóricas de influencia, y la visión que de las mismas se plantearon en los círculos intelectuales y jurídicos cubanos. Esperamos que de obtener los resultados esperados, podamos contribuir al mejor conocimiento de la historia del derecho cubano, en especial de las influencias externas que han incidido en su conformación y desarrollo. Igualmente pretendemos contribuir a un mejor conocimiento de este particular capítulo de la historia de las relaciones entre Cuba y México, que no por estar geográficamente cercanos resulta de los más conocidos.

Para abordar esta temática trabajaremos analizando en primer lugar la influencia histórica de México en el derecho cubano. Acto seguido entraremos en el estudio de las similitudes económicas, sociales y políticas que favorecerán la influencia del ideario de la Revolución mexicana en el derecho cubano. Por último, analizaremos la presencia de la misma en el ideario político y la normativa cubana durante la primera mitad del siglo XX.

Nos detendremos en nuestro estudio en los primeros años de la década de 1960. Ciertamente, la influencia mexicana en nuestro derecho, es perceptible en la legislación de los primeros años de la Revolución,

¹ Como ejemplo podemos consultar la obra de Diego Vicente Tejera, *Estado actual de la legislación cubana e influencia que en ella ejercen la de otros países*, Madrid, Reus, 1926.

especialmente en la primera Ley de Reforma Agraria,² como tendremos ocasión de apreciar. No obstante, la influencia del derecho y la doctrina jurídica de los países del antiguo campo socialista, que terminó por desplazar cualquier otro ascendiente en el derecho cubano. Igualmente, el proceso de transformación que sufrió la normativa jurídica cubana en esta etapa llevó a la progresiva desaparición de aquellas regulaciones inspiradas en el modelo revolucionario mexicano.

LA INFLUENCIA DEL DERECHO NOVOHISPANO EN LA LEGISLACIÓN COLONIAL

El influjo de México en el derecho cubano se puede remontar a la época de la conquista y colonización española: ambos países recibieron el mismo derecho fruto de ese proceso. En este sentido, las Leyes de Indias actuaban como paraguas bajo el que se abrigaron jurídicamente ambos países hasta el siglo XIX.

Durante esta etapa, la presencia mexicana en el derecho vigente en Cuba resulta extremadamente limitada. En principio, la mayoría de los asuntos eran decididos en la corte madrileña, de donde emanaban las normas y la jurisprudencia. No obstante, hay tres importantes vías, por las cuáles se podía producir una cierta penetración de la influencia mexicana en Cuba.

En primer lugar, en determinados pleitos los habitantes de esta isla debían acudir ante órganos jurisdiccionales asentados en suelo azteca.³ Ello significó, la aplicación a litigios cubanos, no sólo de las normas vigentes castellanas o de Derecho de Indias, sino también las prácticas y regulaciones particulares vigentes en estos tribunales. Es interesante señalar que para algunos autores esto constituyó un subsistema dentro del derecho de indias,⁴ criterio que aquí seguimos.

² Rolando Pavó Acosta, “Legado de la Revolución mexicana en la reforma agraria cubana de 1959”, en *Política y Cultura*, núm. 33, 2010, pp. 35-58, disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=26712504003> (fecha de consulta: 1o. de abril de 2016).

³ Esencialmente en jurisdicción apelada. Véase al respecto nuestro artículo “Breves notas para una evolución histórica del Derecho procesal en Cuba” de próxima aparición.

⁴ María del Refugio González, *Historia del derecho mexicano*, México UNAM, 1983, p. 39.

En segundo lugar, la propia autoridad de los virreyes de la Nueva España, los cuales, en determinadas materias podían legislar para resolver temas en Cuba.⁵

Un tercer tema donde existía este influjo, quizás el más importante, radicó en la esfera de la enseñanza del derecho. Hasta 1728,⁶ los futuros juristas cubanos se debían formar en el extranjero, siendo los dos centros más adecuados, por su cercanía geográfica, las universidades de Santo Domingo y México. Sin dudas, la capital virreinal, resultaba más atrayente para un joven con ciertas posibilidades económicas que la principal ciudad de La Española.

De hecho, este flujo constante de cubanos para cursar estudios en México, no se interrumpió con la fundación de la Real y Pontificia Universidad de San Jerónimo de La Habana en 1728. De hecho, los aspirantes al ejercicio del derecho, tenían en este punto un incentivo adicional, ya que, por Real Cédula, les estaba prohibido ejercer la profesión, al no haber obtenido la habilitación correspondiente por parte de la Audiencia. Este órgano no radicaba en la isla, viéndose obligados los egresados para tomar el curso práctico de jurisprudencia elegir otra vez entre trasladarse a México o Santo Domingo para obtenerlo. De esta forma, los juristas de la isla, recibían durante su proceso de formación, no sólo las normas del derecho romano, del castellano o del canónico, sino también de las prácticas y costumbres vigentes en el foro mexicano. Esta conexión se mantendrá hasta el traslado a Cuba de la Audiencia de Santo Domingo, y la creación de la Academia Práctica de Jurisprudencia.

Lamentablemente, el estudio de estos tres aspectos no ha sido tratado, que sepamos, por la doctrina cubana. Sin dudas, cualquier investigador interesado en el mismo encontraría una rica fuente de información, que ayudará a comprender mejor la evolución del derecho cubano, y la interacción del mismo con el de otros países.

Los vínculos coloniales con México quedaron rotos con el proceso independentista ocurrido en la América hispana a comienzos del siglo

⁵ En determinados momentos Cuba quedó subordinada a la autoridad del virreinato de la Nueva España, en especial en temas económicos.

⁶ Ramón de Armas *et al.*, *Historia de la Universidad de La Habana*, t. 1, La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 1983.

XIX. No obstante, ambos participaron en la efímera experiencia constitucionalista española de 1812.⁷

La independencia mexicana significó la ruptura de los vínculos jurídicos y un distanciamiento en lo referente a la evolución del derecho. Los destinos del mismo en Cuba, a lo largo de la centuria, quedarían indisolublemente unidos a los de España. Esto explica la relativamente tardía recepción de la codificación en tierras antillanas,⁸ y condicionaría significativamente el futuro jurídico de la isla hasta nuestros días.

No obstante, ambos países siguieron procesos similares en cuanto a la evolución del derecho a lo largo del siglo XIX. En primer lugar, en ambas tierras encontró arraigo la doctrina liberal, que ensalzaba como base de la convivencia entre los hombres el individualismo, el reconocimiento de los derechos naturales del hombre y la libertad como bien supremo. Ciertamente la condición colonial de Cuba impuso un significativo desfase en este proceso con respecto a México. Así, si desde el proceso de la reforma en 1867,⁹ se puede considerar al mismo arraigado en el ámbito azteca, en el caso cubano, habrá que esperar a la carta magna de 1901,¹⁰ para que adquiriera naturaleza definitiva.

Como consecuencia de este influjo liberal, se llevó a cabo el proceso de desamortización de los bienes de la Iglesia católica, que en lugar de transformar las estructuras agrarias heredadas de la colonia, contribuyó a su deformación, con significativas consecuencias en el or-

⁷ Puede consultarse: Andry Matilla Correa y Marcos Francisco Massó Garrote (coords.), *De Cádiz (1812) a La Habana (2012). Escritos con motivo del Bicentenario de la Constitución española de 1812*, La Habana, Ediciones ONBC-Universidad de Castilla-La Mancha-Universidad de La Habana-Unión Nacional de Juristas de Cuba, 2011.

⁸ Julio Ángel Carreras Collado, *Historia del Estado y del derecho en Cuba*, La Habana, Editorial Pueblo y Educación, 1980; Julio Fernández Bulté, *Historia del Estado y del derecho en Cuba*, La Habana, Editorial Félix Varela, 2005.

⁹ Véase al respecto: Guillermo F. Margadant, *Introducción a la historia del derecho mexicano*, México, UNAM, 1971, pp. 169 y ss.; María del Refugio González, *Historia del derecho mexicano*, México, UNAM, 1983, pp. 76-94; Emilio Rabasa, *Historia de las Constituciones mexicanas*, México, UNAM, 2004, pp. 57-74.

¹⁰ Ramón Infesta, *Historia constitucional de Cuba*, La Habana, Cultural, 1951; Enrique Hernández Corujo, *Historia constitucional de Cuba*, 2 ts., La Habana, Editora de Libros y folletos, 1960; Julio Ángel Carreras Collado, *Historia del Estado y del derecho en Cuba*, La Habana, Editorial Pueblo y Educación, 1980; Julio Fernández Bulté, *Historia del Estado y del derecho en Cuba*, La Habana, Editorial Félix Varela, 2005.

den económico, social y político, como tendremos ocasión de ver más adelante.

En tercer lugar, se produjo una paulatina modernización del derecho vigente, con la paulatina introducción de códigos, inspirados en la obra napoleónica. Aquí, volvemos a advertir el desfase en su implantación a ambos lados del Golfo de México. El proceso en tierras continentales comenzó a dar frutos en 1870,¹¹ mientras que en el ámbito insular hubo que esperar a 1889.¹² Otra vez, la influencia española incidió en el relativo retraso del derecho cubano.

Como hemos podido apreciar, desde los albores de la época colonial México y Cuba recibieron una base legislativa común durante la etapa colonial, y mantuvieron caminos paralelos a lo largo del siglo XIX. Igualmente, el derecho mexicano influyó en el desarrollo del derecho en Cuba y en la formación de juristas cubanos hasta el momento de la independencia.

CONDICIONANTES COMUNES QUE FACILITARON LA INFLUENCIA DE LA REVOLUCIÓN MEXICANA EN EL DERECHO CUBANO

El advenimiento de Cuba como Estado independiente el 20 de mayo de 1902, permitió que se reanudaran los vínculos jurídicos entre ambos países, rotos en la segunda década del siglo XIX, como resultado del proceso independentista en la Nueva España. No obstante, ambos países habían compartido procesos históricos comunes en cuanto a la evolución del derecho a lo largo de la centuria.

Sin embargo, este no era el único punto de coincidencia. Existían una serie de problemas económicos, sociales y políticos, que favorecían la recepción del discurso revolucionario mexicano, aún salvando las obvias diferencias en cuanto a extensión territorial, población y recursos naturales.

¹¹ Véase al respecto Oscar Cruz Barney, *La Codificación en México: una aproximación*, México, UNAM, 2004.

¹² Julio Ángel Carreras Collado, *Historia del Estado y del derecho en Cuba*, cit.; Julio Fernández Bulté, *Historia del Estado y del derecho en Cuba*, cit..

Desde el punto de vista económico, ambos eran países donde la mayoría de la población dependía de la agricultura para su sostenimiento.¹³ La tierra se encontraba desigualmente distribuida, con una significativa concentración en muy pocas manos, mientras que la mayoría de la población rural carecía totalmente de ella, o la explotaba en condiciones precarias, lo que generó un fuerte malestar social en las zonas rurales.¹⁴

Un segundo factor económico a considerar estaba vinculado a la presencia extranjera en la economía. En México su presencia se hacía sentir en sectores como los ferrocarriles, las minas, el petróleo y la explotación de la tierra. En el ámbito cubano su incidencia en el campo resultaba especialmente visible, sobre todo en la industria azucarera, el principal rubro de la economía doméstica.¹⁵

Igualmente, en ambos países existía un incipiente desarrollo industrial, controlado fundamentalmente por empresas de capital extranjero, vinculadas a los sectores punteros de la economía, como el petróleo y la industria azucarera, así como al sector de los servicios, como los ferrocarriles.

Estas asimetrías económicas se traducían en significativas desigualdades sociales.

En primer lugar, en ambos países existía una población mestiza, pese a lo cual, la discriminación racial era un fenómeno habitual, a pesar de la declarada igualdad ante la ley establecida en los textos constitucionales.¹⁶ Igualmente subsistía la discriminación por razón de sexo, en este caso institucionalizada en la legislación y en los códigos civiles.¹⁷

¹³ Para el caso mexicano, véase Guillermo Margadant, *Introducción a la historia del derecho mexicano*, cit., y Jesús Silva Herzog, *Breve historia de la Revolución mexicana*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1995. Para Cuba, Harold Friedlaender, *Historia económica de Cuba*, 2 ts., La Habana, Ed. Ciencias Sociales, 1971; Julio LeRiverend, *Historia económica de Cuba*, 4a. ed., Cuba, Instituto Cubano del Libro, La Habana, 1974.

¹⁴ Véase la bibliografía recomendada en la nota anterior

¹⁵ Véase bibliografía recomendada en la nota 14

¹⁶ En el caso cubano el artículo 11 de la Constitución de 1901 expuso: “Todos los cubanos son iguales ante la ley. La República no reconoce fueros, ni privilegios personales”. Andrés Lazcano y Masón, *Las Constituciones de Cuba*, Madrid, Cultura Hispánica, 1952.

¹⁷ En el caso cubano el artículo 38: “Todos los cubanos, varones, mayores de veintiún años, tienen derecho de sufragio”. Lazcano y Masón, Andrés. *Las Constituciones de*

En segundo lugar, las grandes masas de población campesina vivían en pésimas condiciones, en muchos casos sin acceso a servicios básicos y sometidos a una situación de dependencia de los grandes propietarios rurales que los explotaban a su antojo, con el apoyo de las autoridades.¹⁸

En tercer lugar, en las ciudades emergía un incipiente movimiento obrero, cuyas condiciones laborales variaban enormemente, y que comenzaba a presentar sus demandas en torno a ciertos temas básicos.¹⁹

En el orden político en ambos países predominaba a comienzos de siglo la ideología liberal, claramente reflejada en las Constituciones de la época. En el caso mexicano este era el resultado directo del programa de la reforma de mediados del siglo XIX.²⁰ Como plantea un autor mexicano: “El esquema de la Constitución comprendía, en forma sumaria, todos los elementos del constitucionalismo liberal avanzado del siglo XIX”.²¹

Cuba, cit. Por su parte, el Código Civil español de 1889 vigente entonces en Cuba la colocaba bajo la potestad del marido.

¹⁸ Para el caso mexicano, véase Guillermo Margadant, *Introducción a la historia del Derecho mexicano, cit.*, y Jesús Silva Herzog, *Breve historia de la Revolución mexicana, cit.* Para Cuba, Harold Friedlaender, *Historia económica de Cuba, cit.*; Julio LeRiverend, *Historia económica de Cuba, cit.*

¹⁹ Véase la bibliografía recomendada en la nota anterior y Julio LeRiverend, *La República*, La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 1973; Julio Carreras, *Historia del Estado y el derecho en Cuba*, La Habana, Ministerio de Educación Superior, 1981; Instituto de Historia de Cuba, *La República neocolonial: formación y crisis 1899 a 1940*, La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 2004; Julio Fernández Bulté, *Historia del Estado y el derecho en Cuba, cit.*; Rolando Rodríguez, *República de corcho*, 2 ts., La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 2010; Rolando Rodríguez, *República de rigurosamente vigilada*, 2 ts., La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 2011; Rolando Rodríguez, *Rebelión en la República*, 3 ts., La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 2012; Francisca López Civeira *et al.*, *Historia de Cuba: Estado nacional, dependencia y Revolución*, La Habana, Editorial Pueblo y Educación, 2013.

²⁰ Guillermo F. Margadant, *Introducción a la historia del derecho mexicano, cit.*; María del Refugio González, *Historia del derecho mexicano, cit.*; varios autores, *Un siglo de Derecho Civil mexicano*. Memorias del II Coloquio Nacional de Derecho Civil, México, UNAM, 1985; Emilio Rabasa, *Historia de las Constituciones mexicanas*, México, UNAM, 2004; Oscar Cruz Barney, *La codificación en México: 1821 a 1917. Una aproximación*, México, UNAM, 2004.

²¹ Emilio Rabasa, *Historia de las Constituciones mexicanas, cit.*, p. 72.

En el caso cubano, la carta magna de 1901, basó sus principios, en una adopción tardía del liberalismo decimonónico.²² En este sentido señaló Enrique Hernández Corujo: “En el orden formal el constitucionalismo seguía, más o menos, los principios invariables del Estado liberal, individualista y de limitación al poder”.²³ Entendido el mismo como apuntó en su momento Orestes Ferrara:

El principio liberal del siglo XIX, latu sensu adaptado por la Constitución cubana de 1901, es distinto de cualquier otro practicado en el pasado. La palabra libertad... se refiere a la suma de derechos individuales, considerándolos al margen del Estado, y hasta contra el Estado.²⁴

En palabras de Gustavo Gutiérrez:

No es de extrañar, por consiguiente que la Constitución de 1901 se concibiese a la luz de las dos grandes directrices del pensamiento constitucional de la época, la declaración de los derechos individuales, y la organización del Estado y del gobierno bajo el signo clásico de la separación de poderes al estilo de Montesquieu sin comprender los enunciados de los derechos sociales ni del régimen económico nacional, que a pesar de llevar más de medio siglo de exposición en la palestra de las luchas doctrinarias, todavía no había logrado clavar el pendón de sus avances en ninguna constitución...²⁵

En segundo lugar, en ambos países se estableció formalmente un modelo republicano presidencialista inspirado en la Constitución norteamericana de 1787. En el caso mexicano el fenómeno no era nuevo, pues

²² Para autores como Julio Carreras y Julio Fernández Bulté, la Constitución de 1901 nació vieja. Véase Ramón Infiesta, *Historia constitucional de Cuba*, La Habana, Cultural, 1951; Enrique Hernández Corujo, *Historia constitucional de Cuba*, 2 ts., La Habana, Editora de Libros y folletos, 1960; Julio Ángel Carreras Collado, *Historia del Estado y del derecho en Cuba*, cit.; Julio Fernández Bulté, *Historia del Estado y del derecho en Cuba*, cit.

²³ Enrique Hernández Corujo, *Los fundamentos históricos y filosóficos de la Constitución de 1901*, La Habana, Lex, 1953, p. 9.

²⁴ Orestes Ferrara, *Las ideas jurídico sociales, en las Constituciones cubanas*, Madrid, 1946, p. 19.

²⁵ Gustavo Gutiérrez, *Constitución de la República de Cuba. Sus antecedentes históricos, su espíritu y estudio crítico sobre sus más fundamentales principios*, La Habana, Lex, 1941, p. 29.

arrancaba de la Constitución de 1824.²⁶ Las razones para ello podían ser varias, no obstante hay que concordar con Emilio Rabasa que:

Lo importante no es determinar si fueron ideas originales las que aparecieron en los primeros documentos del México independiente, ya que tantos siglos de coloniaje y la somera ilustración que había permitido la metrópoli, impidieron el generar ideas o instituciones originales. Lo fundamental fue cómo aquellos primeros constituyentes lograron trasplantar a su medio lo más adelantado del pensamiento liberal del siglo XVIII y lo mejor de las doctrinas constitucionales de su época.²⁷

Por su parte, la Constitución de 1857, sin dudas con el triste recordatorio de las dictaduras de la primera mitad del siglo, trató de colocar al ejecutivo bajo el control del legislativo, siendo este, en opinión de Guillermo Margadant, uno de sus puntos criticables.²⁸ Pese a ello el presidencialismo estaba sólidamente asentado en la doctrina jurídica y el ideario popular mexicano, de tal forma que, pese a sus visibles defectos y a lo establecido en la norma no pudo ser desalojado del sitio que ocupaba.²⁹ De hecho, bajo la dictadura de Porfirio Díaz, se volvió inaplicable.³⁰ En el caso cubano, el modelo presidencialista fue asumido sin discusión por la Convención Constituyente de 1901.³¹

²⁶ Emilio Rabasa, *Historia de las Constituciones mexicanas*, cit., p. 9.

²⁷ *Ibidem*, p. 10.

²⁸ Guillermo Margadant, *Introducción a la historia del derecho mexicano*, cit., p. 171.

²⁹ Ya en 1867 el gobierno de Juárez había solicitado que se concediera más poder al ejecutivo. María del Refugio González, *Historia del derecho mexicano*, cit., pp. 78-80; Guillermo Margadant, *Introducción a la historia del derecho mexicano*, cit., p. 171, y lo relativo al porfirismo; Ernesto de la Torre Villar y Jorge García Laguardia, *Desarrollo histórico del constitucionalismo latinoamericano*, México, UNAM, pp. 183 y 184. No obstante, el debate en este tópico sigue abierto como lo demuestra el estudio de Pablo Mijangos y González, *El nuevo pasado jurídico mexicano*, Madrid, Universidad Carlos III, 2011, pp. 37-41.

³⁰ En ello coinciden la mayoría de los autores consultados. Véase, al respecto, Guillermo Margadant, *Introducción a la historia del derecho mexicano*, cit.; Ernesto de la Torre Villar y Jorge García Laguardia, *Desarrollo histórico del constitucionalismo latinoamericano*, cit.; María del Refugio González, *Historia del derecho mexicano*, cit.; Emilio Rabasa, *Historia de las Constituciones mexicanas*, cit.

³¹ Véase al respecto: Ramón Infesta, *Historia constitucional de Cuba*, La Habana, Cultural, 1951; Enrique Hernández Corujo, *Historia constitucional de Cuba*, 2 ts., La Habana, Editora de Libros y folletos, 1960; Julio Ángel Carreras Collado, *Historia*

Paralelamente, todo este andamiaje institucional se encontraba severamente lastrado por la práctica política vigente en ambos países caracterizada por el caudillismo, los fraudes y las revueltas electorales, la supresión de *facto* o de *iure* de los derechos reconocidos, la corrupción, y otros males. En el caso mexicano, el porfiriato³² supuso la implantación de un autoritarismo, que si bien estabilizó al país, supuso la ruptura y crisis del modelo democrático de 1857. En Cuba, los problemas resultaron muy similares, con varios periodos de dictaduras militares que suprimieron el orden constitucional y el ejercicio de los derechos fundamentales.³³

Como podemos apreciar, a lo largo del siglo XX, Cuba y México enfrentaron, en distintos momentos, dificultades similares en el orden económico, político y social. No resulta extraño que los cubanos miraran con especial interés lo que ocurría en tierras aztecas, y sacaran lecciones para aplicarlas a la realidad nacional.

LA REVOLUCIÓN MEXICANA EN EL IDEARIO POLÍTICO Y JURÍDICO CUBANO

Antes de abordar de lleno este tema resulta necesario realizar dos precisiones. La primera de ellas esta necesariamente relacionada con el marco temporal. El influjo de la Revolución mexicana no fue en Cuba

del Estado y del derecho en Cuba, cit.; Julio Fernández Bulté, *Historia del Estado y del derecho en Cuba*, La Habana, Félix Varela, 2005.

³² Para más información se puede consultar: Guillermo Margadant, *Introducción a la historia del derecho mexicano, cit.*; Ernesto de la Torre Villar y Jorge García Laguardia, *Desarrollo histórico del constitucionalismo latinoamericano, cit.*; María del Refugio González, *Historia del derecho mexicano, cit.*; Jesús Silva Herzog, *Breve historia de la Revolución mexicana, cit.*; Emilio Rabasa, *Historia de las Constituciones mexicanas, cit.*

³³ Especialmente los periodos de tiempo transcurridos de 1928 a 1940 y 1952 a 1959. Para más información véase Julio Le Riverend, *La República, cit.*; Julio Carreras, *Historia del Estado y el derecho en Cuba, cit.*; Instituto de Historia de Cuba, *La República neocolonial: formación y crisis 1899 a 1940*, La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 2004; Julio Fernández Bulté, *Historia del Estado y el derecho en Cuba, cit.*; Rolando Rodríguez, *República de corcho*, 2 ts., *cit.*; Rolando Rodríguez, *República de rigurosamente vigilada*, 2 ts., Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2011; Rodríguez, Rolando, *Rebelión en la República*, 3 ts., La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 2012; Francisca López Civeira *et al.*, *Historia de Cuba: Estado nacional, dependencia y Revolución, cit.*

un episodio de un solo momento, sino que tuvo etapas características y bien diferenciadas. Es así que podemos advertir tres periodos fundamentales que marcaron hitos en su devenir en tierras antillanas.

El primero de ellos transcurrió desde el propio inicio de la Revolución hasta el año 1940. Durante esta etapa su impacto en los programas políticos, la doctrina jurídica y la legislación es directo y visible. Igualmente aquí se pueden acotar dos fases bien delimitadas. La inicial, que transcurrió de 1917 a 1933, donde la recepción resulta visible en la ciencia y en el discurso político, pero muy escasa en el orden legislativo. El segundo momento, de 1933 a 1940, está marcado por la explosión de la legislación social cubana, con un significativo paralelismo en cuanto a los temas tratados con la mexicana. El cierre de estos 23 años, sería la Constitución de 1940, que marcó el auge del influjo de la Revolución mexicana en la legislación caribeña.

A partir de aquí, se inició un segundo ciclo, que se prolongó hasta 1959, donde los postulados mexicanos pasan a un segundo plano frente a la carta magna de 1940. No es que se desconozcan sus aportes, sino que se convierten en apoyo y legitimación de lo recogido en la Convención de 1940.

Un tercer ciclo se inicia en 1959. En el mismo, hay un pasajero interés por la obra revolucionaria mexicana, centrado esencialmente en el proceso de reforma agraria. No obstante, el mismo desaparece rápidamente ante la progresiva alineación de Cuba con el campo socialista, lo que conllevó a una creciente influencia del derecho de la Europa del Este, especialmente la Unión Soviética, lo que trajo aparejada la virtual desaparición de toda otra influencia doctrinal.

Un segundo aspecto es el referente a qué temas tuvieron mayor eco y cómo fueron asimilados a nivel local. En este punto hay que señalar que los que mayor interés despertaron fueron los vinculados con familia e igualdad, los derechos sociales, la reforma agraria, la intervención del Estado en la economía, y la limitación del mandato presidencial. Esto no quiere decir que fueran los únicos, sino que en torno a ellos se produjeron los mayores debates y se obtuvieron los principales resultados legislativos. Es por ello que concentraremos nuestra exposición en estos aspectos.

Un segundo punto es el referente a cómo se recibieron las propuestas mexicanas en el ámbito cubano. En este caso no podemos hablar de un fenómeno de copia. La tendencia fue tratar de adaptarlas a las condiciones de la realidad cubana, lo cual no resulta difícil de comprender, dadas las diferencias existentes entre ambos países a las que hemos hecho referencia anteriormente.

En principio, la Revolución mexicana tuvo como base el Programa del Partido Liberal de 1906.³⁴ En el mismo se exponían, como ya había hecho el periódico *Regeneración*,³⁵ los problemas económicos políticos y sociales de México, como la dictadura, la cuestión de la tierra, los conflictos entre el capital y el trabajo³⁶ y sus posibles soluciones. Estas aparecían destacadas en la parte dispositiva, resultando destacables, en lo político, la reducción del mandato presidencial a cuatro años y la prohibición de la reelección.³⁷

En materia de asistencia social se proponía la jornada máxima de ocho horas, el establecimiento de un salario mínimo, prohibir a los patronos que paguen los salarios de otra forma que no sea en moneda de curso legal, obligar a los empresarios a indemnizar a los obreros por accidentes laborales, disminuir la presencia de extranjeros en los sectores fabriles y declarar obligatorio el descanso dominical.³⁸

Con respecto al problema de la tierra se propuso, entre otras medidas, la obligación del propietario de ponerlas a producir, so pena de expropiación, la entrega de parcelas a quien las solicite, con la obligación de cultivarlas y no venderlas, y la creación de mecanismos de crédito agrícola.³⁹

³⁴ Programa del Partido Liberal, en Javier Garciadiego, *Textos de la Revolución mexicana*, Caracas, Fundación Biblioteca Ayacucho, República Bolivariana de Venezuela, 2010, pp. 63-91.

³⁵ Periódico *Regeneración*, núm. 1, 7 de agosto de 1900, en Javier Garciadiego, *Textos de la Revolución mexicana*, cit., pp. 59-62.

³⁶ Véase el análisis de las causas económicas sociales y políticas en el Programa del Partido Liberal, en Garciadiego, Javier, *Textos de la Revolución mexicana*, cit., pp. 63-81.

³⁷ Programa del Partido Liberal, Reformas políticas, Acápites 1 y 2, en Javier Garciadiego, *Textos de la Revolución mexicana*, cit., p. 81.

³⁸ Programa del Partido Liberal, Capital y Trabajo, Acápites del 21 al 33, en Javier Garciadiego, *Textos de la Revolución mexicana*, cit., pp. 82-84.

³⁹ Programa del Partido Liberal, Tierras, Acápites del 34 al 37, en Javier Garciadiego, *Textos de la Revolución mexicana*, cit., p. 84.

En cuanto al tema familiar, se incluyó en el Apartado 43⁴⁰ la desaparición de la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, heredada de la época colonial.

Un último punto significativo era la necesidad de convocar a una Convención Constituyente, que legitimara la toma del poder e instrumentara jurídicamente estas bases programáticas.⁴¹

Por su parte, el Plan de San Luis Potosí⁴² mantenía la bandera de la no reelección,⁴³ y esbozaba un tímido intento de reforma agraria.⁴⁴

Quizá, desde el punto de vista programático, los documentos más significativos fueron los vinculados al Plan de Ayala,⁴⁵ el Plan del general Orozco⁴⁶ y las adiciones al Plan de Guadalupe.⁴⁷

El Plan de Ayala presentó un proyecto integral de reforma agraria basado en la entrega de tierras sin cultivar⁴⁸ y la expropiación a los latifundistas de la tercera parte de sus propiedades.⁴⁹ Para ello, se podían utilizar las leyes de desamortización del periodo de la Reforma y que entonces tenían rango constitucional.⁵⁰

El programa orozquista resultó mucho más amplio y detallado. En principio, dedicaba a cuestiones sociales los acápites 34 y 35. El primero de ellos propuso mejoras para la clase obrera, como el establecimiento de la jornada de diez horas, la prohibición de pagar salarios con

⁴⁰ Programa del Partido Liberal, Reformas generales, Acápites 43, en Javier Garciadiego, *Textos de la Revolución mexicana*, cit., p. 85.

⁴¹ Programa del Partido Liberal, Reformas generales, Acápites 43, En Javier Garciadiego, *Textos de la Revolución mexicana*, cit., pp. 85 y 86.

⁴² Plan de San Luis Potosí, en Javier Garciadiego, *Textos de la Revolución mexicana*, cit., pp. 190-199.

⁴³ Plan de San Luis Potosí, preámbulo y apartado 4, en Javier Garciadiego, *Textos de la Revolución mexicana*, cit., pp. 190 y 195.

⁴⁴ Plan de San Luis Potosí, apartado 2 en, Javier Garciadiego, *Textos de la Revolución mexicana*, cit., p. 195.

⁴⁵ Plan de Ayala, en Javier Garciadiego, *Textos de la Revolución mexicana*, cit., pp. 253-258.

⁴⁶ Plan del general Orozco o Pacto de la Empacadora, en Javier Garciadiego, *Textos de la Revolución mexicana*, cit., pp. 256-271.

⁴⁷ Reformas al Plan de Guadalupe, en Javier Garciadiego, *Textos de la Revolución mexicana*, cit., pp. 365 a 370.

⁴⁸ Plan de Ayala, en Javier Garciadiego, *Textos de la Revolución mexicana*, cit., p. 256

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ *Idem.*

vales o fichas, y el aumento de jornales a un mínimo decoroso.⁵¹ Por su parte, el 35 contenía un detallado plan de reforma agraria, sobre la base de reconocer la propiedad de la tierra a los poseedores que la hubieran trabajado por más de veinte años, reivindicación de las tierras arrebatadas a los campesinos por los grandes latifundios, reparto de tierras baldías y nacionalizadas y expropiación indemnizada de las tierras no cultivadas.⁵²

Por último, las reformas al Plan de Guadalupe, que en su versión original apenas incluyó propuestas sociales.⁵³ En principio, se recomendaba la convocatoria a una Convención, libremente electa, que debía aplicar el programa de reformas revolucionarias.⁵⁴ A continuación al final del texto se añadió la siguiente proposición:

Las Divisiones del Norte y Noreste, comprendiendo que la actual es una lucha de los desheredados contra los poderosos, se comprometen a combatir hasta que desaparezca por completo el Ejército ex Federal, substituyéndolo por el Ejército Constitucionalista; a impulsar el régimen democrático en nuestro país; a castigar y someter al clero católico romano, que ostensiblemente se alió a Huerta, y a emancipar económicamente al proletariado, haciendo una distribución equitativa de las tierras y procurando el bienestar de los obreros.⁵⁵

El mismo quedó finalmente aprobado como el acápite octavo del mismo.⁵⁶

En el caso cubano, el ideario de la Revolución mexicana comenzó en la década de los veinte como un movimiento de reforma y renovación nacional, para convertirse en la década de los treinta en un verdadero

⁵¹ Acápite 34 del Plan del general Orozco o Pacto de la Empacadora, en Javier Garciadiego, *Textos de la Revolución mexicana, cit.*, p. 269.

⁵² Acápite 35 del Plan del general Orozco o Pacto de la Empacadora, en Javier Garciadiego, *Textos de la Revolución mexicana, cit.*, p. 269.

⁵³ Plan de Guadalupe, en Javier Garciadiego, *Textos de la Revolución mexicana, cit.*, pp. 31-315.

⁵⁴ Acápite noveno de las Reformas al Plan de Guadalupe, en Javier Garciadiego, *Textos de la Revolución mexicana, cit.*, p. 368.

⁵⁵ Reformas al Plan de Guadalupe, en Javier Garciadiego, *Textos de la Revolución mexicana, cit.*, p. 369.

⁵⁶ Acápite octavo de las Reformas al Plan de Guadalupe, en Javier Garciadiego, *Textos de la Revolución mexicana, cit.*, p. 370.

movimiento revolucionario. El reformismo tuvo sus raíces en la necesidad de hacer frente a los anteriormente aludidos males de la República.

El primer documento de esta oleada reformista fue el Programa del Movimiento de Veteranos y Patriotas, elaborado en 1923.⁵⁷ El mismo contenía medidas de regeneración nacional entre las que se encontraban tímidas propuestas de reforma agraria y medidas de beneficio social.⁵⁸

Un documento más significativo fue el Manifiesto Programa de la Junta de Renovación Nacional de 1923.⁵⁹ El mismo incluyó algunas propuestas reformistas como la protección a la agricultura⁶⁰ y la incorporación de la mujer a la vida social.⁶¹ Con respecto a la situación de la clase obrera sus autores expresaron: “El mejoramiento de las condiciones de vida obrera ha sido desdeñado y el cumplimiento de las normas protectoras del trabajo suelen ser una ilusión...”.⁶²

Ciertamente, ambos programas de reformas, se caracterizaron por un incipiente planteamiento de los problemas social y agrario, lo que revela un incipiente influjo del pensamiento de la Revolución mexicana en Cuba.

Para la década de 1930 comparecieron nuevos actores políticos, que dieron comienzo a un proceso revolucionario, contra la dictadura del general Gerardo Machado.⁶³ El mismo llevó a una radicalización de los programas políticos, que comenzaron a reflejar rápidamente el ideario de la Revolución mexicana.

⁵⁷ Hortensia Pichardo, *Documentos para la Historia de Cuba*, t. 2, La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 1973.

⁵⁸ *Idem.*

⁵⁹ *Ibidem*, pp. 140 y ss.

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 141 y 142.

⁶¹ *Ibidem*, t. 3, p. 142.

⁶² *Ibidem*, p. 147

⁶³ Emilio Roig de Leuchsering, *Curso de introducción a la historia de Cuba*, La Habana, Municipio de La Habana, 1937; Julio Le Riverend, *La República*, La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 1973; Instituto de Historia de Cuba, *La República neocolonial: formación y crisis 1899 a 1940*, La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 2004; Rolando Rodríguez, *República de corcho*. 2 ts., *cit.*; Rolando Rodríguez, *República de rigurosamente vigilada*, 2 ts., *cit.*; Rolando Rodríguez, *Rebelión en la República*, 3 ts., La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 2012; Francisca López Civeira, *Historia de Cuba: Estado nacional, dependencia y Revolución*, La Habana, Editorial Pueblo y Educación, 2013.

Así el programa del Directorio Estudiantil Universitario,⁶⁴ esbozó un tímido planteamiento de reformas en beneficio de los obreros agrícolas.⁶⁵

Más radical resultó el programa del Ala Izquierda Estudiantil.⁶⁶ El mismo incluyó en su apartado quinto una propuesta de igualdad civil y política de la mujer reconocida en la nueva Constitución.⁶⁷ Igualmente en su apartado decimotercero incluyó algunas medidas de beneficio para la clase obrera: jornada máxima de trabajo, salario mínimo, seguro contra el paro, sistema eficaz de seguro de accidentes, retiro obrero.⁶⁸ Estas medidas recuerdan, sin dudas, al programa del Partido Liberal Mexicano de 1906.

Pocos meses después vería la luz la controvertida organización conocida como ABC.⁶⁹ Su manifiesto programa⁷⁰ introdujo un largo listado de propuestas de reformas, entre ellas varias de contenido social. Una es la propuesta de un proyecto de fomento de la colonización interior,⁷¹ nacionalización de los servicios públicos que tienden al monopolio,⁷² creación del *homestead* o patrimonio familiar inembargable⁷³ y rescate de la propiedad minera no explotada.⁷⁴ Igualmente incluyó una propuesta de reforma agraria basada en dos puntos fundamentales. El primero de ellos sugería: “Implantación de medidas que propendan a la desaparición gradual de los latifundios, tales como el impuesto progresivo sobre la tierra”.⁷⁵ El segundo proponía: “Limitación en cuanto

⁶⁴ Pichardo, Hortensia. *Documentos para la Historia de Cuba*, t. 3, cit.

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 481 y 482.

⁶⁶ *Ibidem*, 1973.

⁶⁷ *Ibidem*, 1973, p. 486.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 486.

⁶⁹ Organización política clandestina, con una estructura celular, caracterizada por su uso de la violencia y su discurso nacionalista.

⁷⁰ Hortensia Pichardo, *Documentos para la Historia de Cuba*, t. 3, cit.

⁷¹ Apartado A del Manifiesto Programa del ABC en Hortensia Pichardo, *Documentos para la Historia de Cuba*, t. 3, cit., p. 517.

⁷² Apartado H del Manifiesto Programa del ABC en Hortensia Pichardo, *Documentos para la Historia de Cuba*, t. 3, cit., p. 518.

⁷³ Apartado E del Manifiesto Programa del ABC en Hortensia Pichardo, *Documentos para la Historia de Cuba*, t. 3, cit., p. 518.

⁷⁴ Apartado G del Manifiesto Programa del ABC en Hortensia Pichardo, *Documentos para la Historia de Cuba*, t. 3, cit., p. 518.

⁷⁵ Apartado B del Manifiesto Programa del ABC en Hortensia Pichardo, *Documentos para la Historia de Cuba*, t. 3, cit., p. 517.

a la adquisición del dominio de la tierra por compañías extranjeras y adopción de medidas que tiendan a la nacionalización de la misma”.⁷⁶ Por último, recogía postulados de legislación social: “Promulgación de una legislación social avanzada de protección al obrero, seguro contra la inhabilitación, vejez, desempleo y muerte; jornada de ocho horas, descanso período, regulación del trabajo de mujeres, niños y adultos”.⁷⁷

Como se puede apreciar, la visión de los problemas sociales inspirada en la Revolución mexicana es evidente.

Otro programa fue el presentado en agosto de 1933 por Antonio Guiteras.⁷⁸ El mismo incluyó algunas propuestas de contenido social; proponía el establecimiento de una legislación obrera con seguros contra accidentes, enfermedades o desempleo.⁷⁹ Además exigía el establecimiento de un salario mínimo dentro de una jornada máxima de trabajo regulada por las leyes.⁸⁰ Igualmente recomendaba la nacionalización de los servicios públicos como ferrocarriles, gas, agua, alumbrado, transporte, entre otros.⁸¹ Por último, proponía un programa de reforma agraria, basado en la entrega de las tierras del Estado en calidad de usufructo y con la obligación de hacerlas producir.⁸² Además recomendaba la adopción de leyes contra el latifundio⁸³ e imponer a los particulares la obligación de cultivar la tierra para no perder su propiedad.⁸⁴

De hecho, la cuestión agraria formaba parte del discurso político de la época en Cuba. Así, el propio Guiteras, como secretario de gobernación del gobierno provisional expresó en septiembre de 1933:

La función social de la tierra figurará en el estatuto primero del actual gobierno, contra el latifundio, contra los elementos que ocuparon las tierras y las hacen improductivas. La propiedad será respetada, pero tendrá que

⁷⁶ Apartado C del Manifiesto Programa del ABC en Hortensia Pichardo, *Documentos para la Historia de Cuba*, t. 3, cit., p. 517.

⁷⁷ Apartado Ñ del Manifiesto Programa del ABC en Hortensia Pichardo, *Documentos para la Historia de Cuba*, t. 3, cit., p. 518.

⁷⁸ Apartado B del Manifiesto Programa del ABC en Hortensia Pichardo, *Documentos para la Historia de Cuba*, t. 3, cit., p. 518.

⁷⁹ *Idem.*

⁸⁰ *Idem.*

⁸¹ *Idem.*

⁸² *Idem.*

⁸³ *Idem.*

⁸⁴ *Idem.*

haber una mejor distribución de la tierra para el cultivo de la misma entre el campesino pobre. Se reglamentaría el cultivo forzoso de la tierra, no podrán permanecer improductivas las tierras.⁸⁵

Esta visión de los problemas cubanos apareció reflejada en el programa de la organización revolucionaria Joven Cuba⁸⁶ el cual recuerda en su forma al programa de Pascual Orozco en México. Su contenido es muy detallado, abarcando todos los aspectos de la vida económica, social y política cubana. Así, en el acápite dedicado a la reforma social se planteó la completa igualdad civil, económica y política de la mujer.⁸⁷ Igualmente, un caso probablemente único en la política cubana de la época se aplicaría una política anticlerical, basada en la investigación de sus propiedades, la expropiación de aquellas habidas indebidamente y reglamentación restrictiva de la profesión clerical,⁸⁸ que recuerda mucho los postulados de la reforma al Plan de Guadalupe.

En el apartado referente a las reformas económicas, financieras y fiscales, se plantea que: “Bajo el principio de que la propiedad no es un derecho absoluto, sino una función social, se imprimirá una orientación francamente nacional a la economía, y se aprovecharán todas las oportunidades que permitan realizar la socialización de los medios de producción”.⁸⁹

En consecuencia se aplicaría un amplio programa de reforma agraria⁹⁰ y nacionalización de los recursos del subsuelo.⁹¹

⁸⁵ Antonio Guiteras Holmes, *Pensamiento Revolucionario Cubano*, t. I, La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 1971, p. 384.

⁸⁶ Programa de La Joven Cuba en Hortensia Pichardo, *Documentos para la Historia de Cuba*, t. 4, primera parte, La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 1973, pp. 513-523.

⁸⁷ Reforma Social, apartado A en Programa de La Joven Cuba, en Hortensia Pichardo, *Documentos para la Historia de Cuba*, t. 4, primera parte, *cit.*, p. 519.

⁸⁸ Reforma Social, apartados J y M en Programa de La Joven Cuba, en Hortensia Pichardo, *Documentos para la Historia de Cuba*, t. 4, primera parte, *cit.*, p. 519.

⁸⁹ Reforma Económica, Financiera y Fiscal en Programa de La Joven Cuba en Pacto de México entre el Partido Revolucionario Cubano y La Joven Cuba, en Hortensia Pichardo, *Documentos para la Historia de Cuba*, t. 4, primera parte, *cit.*, p. 520.

⁹⁰ Reforma Económica, Financiera y Fiscal, apartado C en Programa de La Joven Cuba en Pacto de México entre el Partido Revolucionario Cubano y La Joven Cuba, en Hortensia Pichardo, *Documentos para la Historia de Cuba*, t. 4, primera parte, *cit.*, pp. 519 y 520.

⁹¹ Reforma Económica, Financiera y Fiscal, apartados D a J en Programa de La Joven Cuba en Pacto de México entre el Partido Revolucionario Cubano y La Joven Cuba,

Con respecto a la reforma agraria, la misma se basaría en establecer un límite máximo de tierras a las propiedades particulares, expropiación de las tierras que no estén cultivadas, prohibición a las compañías extranjeras de adquirir nuevas propiedades, y revisión de los procesos de deslinde de haciendas comuneras realizados después de 1902.⁹² Se crearía además un Instituto Agrario, para reglamentar la ejecución de las leyes agrarias.⁹³ A estas medidas, se añadía, en materia industrial la nacionalización de los servicios públicos.⁹⁴

Por último, incluía un programa de reformas sociales basada en el reconocimiento de los derechos del trabajo y la creación de un Código de Trabajo, que regule la jornada máxima de trabajo, el salario mínimo, las indemnizaciones por accidentes, enfermedades y descanso y el seguro social.⁹⁵

Por su parte, en su programa político, el recién fundado Partido Revolucionario Cubano,⁹⁶ expuso una línea caracterizada por las reformas económicas y sociales. En lo referente a la economía definían la propiedad como una función social limitada por el interés general.⁹⁷

en Hortensia Pichardo, *Documentos para la Historia de Cuba*, t. 4, primera parte, *cit.*, p. 520.

⁹² Reforma Económica, Financiera y Fiscal, apartado D en Programa de La Joven Cuba en Pacto de México entre el Partido Revolucionario Cubano y La Joven Cuba, en Hortensia Pichardo, *Documentos para la Historia de Cuba*, t. 4, primera parte, *cit.*, p. 520.

⁹³ Reforma Económica, Financiera y Fiscal, apartados E en Programa de La Joven Cuba en Pacto de México entre el Partido Revolucionario Cubano y La Joven Cuba, en Hortensia Pichardo, *Documentos para la Historia de Cuba*, t. 4, primera parte, *cit.*, p. 520.

⁹⁴ Reforma Económica, Financiera y Fiscal, Industria, apartado A en Programa de La Joven Cuba en Pacto de México entre el Partido Revolucionario Cubano y La Joven Cuba, en Hortensia Pichardo, *Documentos para la Historia de Cuba*, t. 4, primera parte, *cit.*, p. 520.

⁹⁵ Reforma Económica, Financiera y Fiscal, Trabajo, apartados B y F en Programa de La Joven Cuba en Pacto de México entre el Partido Revolucionario Cubano y La Joven Cuba, en Hortensia Pichardo, *Documentos para la Historia de Cuba*, t. 4, primera parte, *cit.*, pp. 522 y 523.

⁹⁶ Programa Constitucional del Partido Revolucionario Cubano, Auténtico, en Hortensia Pichardo, *Documentos para la Historia de Cuba*, t. 4, primera parte, *cit.*, pp. 290-317.

⁹⁷ *Ibidem*.

Igualmente se declaraban propiedad pública las minas⁹⁸ y se autorizaba el control del Estado sobre la gestión de los servicios públicos.⁹⁹

Con respecto a la reforma agraria se declaraba: “El Estado podrá fijar por medio de una ley, si lo estima necesario a la utilidad pública, la cantidad de tierras que podrá poseer un individuo o corporación”.¹⁰⁰ Las tierras de esta forma rescatadas serían asignadas a campesinos agrupados en cooperativas.¹⁰¹ Como complemento se incluyó una avanzada propuesta de legislación social.¹⁰²

Mas adelantada la década encontraremos otros programas políticos como el denominado Pacto México¹⁰³ el cual sólo incluyó en su acápite quinto la protección del trabajo y sus organizaciones de defensa.¹⁰⁴

Ya de cara a las elecciones para la Convención Constituyente de 1940, los diferentes partidos presentaron bases constitucionales, inspiradas en el ideario de la Revolución mexicana. Esto resulta visible en los planteamientos del Partido Acción Republicana¹⁰⁵ y del Partido Demócrata.¹⁰⁶

El primero postuló los derechos laborales en sus apartados 10 y 11,¹⁰⁷ siguiendo una línea similar a lo que hemos expuesto anteriormente. Por su parte su punto 13 declaró: “Se reconoce la propiedad privada con un sentido de función social y de utilidad colectiva. El reparto y la explotación de la tierra serán vigilados por el Estado para evitar el latifundio...”.¹⁰⁸

⁹⁸ *Ibidem.*

⁹⁹ *Ibidem.*

¹⁰⁰ *Ibidem.*

¹⁰¹ *Ibidem.*

¹⁰² *Ibidem.*

¹⁰³ Pacto de México entre el Partido Revolucionario Cubano y La Joven Cuba, en Hortensia Pichardo, *Documentos para la Historia de Cuba*, t. 4, primera parte, *cit.*, pp. 24-32.

¹⁰⁴ *Ibidem.*

¹⁰⁵ *Ibidem.*

¹⁰⁶ Programa de Doctrinas del Partido Demócrata, en Hortensia Pichardo, *Documentos para la Historia de Cuba*, t. 4, primera parte, *cit.*, pp. 276-285.

¹⁰⁷ Apartados 10 y 11 Puntos esenciales del Programa Constitucional de Acción Republicana, en Hortensia Pichardo, *Documentos para la Historia de Cuba*, t. 4, primera parte, *cit.*, p. 271.

¹⁰⁸ Apartados 13 Puntos esenciales del Programa Constitucional de Acción Republicana, en Hortensia Pichardo, *Documentos para la Historia de Cuba*, t. 4, primera parte, *cit.*, p. 271.

Un elemento adicional a tener en cuenta, es el progresivo impacto en la doctrina jurídica. Si en los años veinte apenas encontramos obras destinadas al estudio de estos temas, pronto veremos su eclosión, durante las décadas del treinta y del cuarenta comenzamos a encontrar estudios dedicados al tema de los derechos sociales, la reforma agraria, entre otros temas.

Así, encontramos los primeros planteamientos que en este sentido aparecen en la obra del profesor Enrique Hernández Corujo, *Las transformaciones del derecho constitucional cubano desde el 12 de agosto de 1933*.¹⁰⁹ En la misma, al analizarse las modificaciones sufridas por el derecho constitucional cubano desde la caída del gobierno de Machado, incluyó en sus obras algunas referencias a la legislación social de la etapa, aunque sin analizarla.

Sin embargo, una de las obras más significativas de la etapa sobre estos temas es la de Juan Clemente Zamora, *Nuevas orientaciones en materia constitucional*,¹¹⁰ publicada en 1939, en el cual se hizo un análisis minucioso de los problemas que debía abordar el, entonces, nuevo constitucionalismo. Aquí aparecen referencias directas a la Constitución mexicana en varias partes de la obra.¹¹¹ Igualmente se argumentó a favor de reconocer determinados derechos sociales. Así, con respecto al trabajo plantea:

Es evidente que en todo momento, —y sobre todo en épocas de crisis y de desempleo—, el hermoso principio de la libertad contractual, que coloca en igualdad aparente de condiciones a un obrero famélico y angustiado por la destitución y la miseria en que se encuentran el y los suyos, frente a un patrono que impone las condiciones de trabajo mas intolerables e injustas; pero que puede brindarle aunque no sea mas que una mísera pitanza, resulta una ficción sin contenido real. La necesidad imperiosa de alimentarse y de vivir obliga al obrero, temeroso de ser desplazado o sustituido por otro aún mas

¹⁰⁹ Enrique Hernández Corujo, “Las transformaciones del derecho constitucional cubano desde el 12 de agosto de 1933”, en *Revista Cubana de Derecho*, Año XII, núm. 4, octubre-diciembre de 1935.

¹¹⁰ Juan Clemente Zamora, *Nuevas orientaciones en materia constitucional*. Conferencia dictada en el club Atenas de La Habana el 13 de febrero de 1939. Instituto Nacional de Prevención y Reformas Sociales, Editorial Atalaya, La Habana, 1939.

¹¹¹ *Ibidem*, pp. 17, 20 y 23.

necesitado que el, a pactar las condiciones que le impongan. La libertad de contratación resulta así una burla inicua.¹¹²

En consecuencia:

El Estado no puede cumplir ciertamente sus fines sociales permaneciendo sordo e indiferente ante esa realidad. La intervención del Estado para rescatar la dignidad, del hombre que vende su fuerza o su capacidad para el trabajo, ya sean esta capacidad y esta fuerza materiales o intelectuales, es absolutamente esencial.¹¹³

Frente a la propiedad considera que:

La Constitución Mexicana: aun cuando en forma más radical, puesto que atribuye al Estado el derecho original de propiedad, expresando que es la Nación la que trasmite el dominio a los particulares para constituir la propiedad privada y agregando, en su artículo 27: “La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público.”¹¹⁴

En consonancia con lo anterior recomienda para Cuba que:

Si se procediera a una reforma constitucional inmediata, la nueva Constitución debería reconocer el derecho a la propiedad privada; pero reservándose el; Estado el derecho de expropiación, previa indemnización, de toda clase de riquezas o bienes; fijándose constitucionalmente también la necesidad de que todos los impuestos directos sobre el capital y las herencias tengan un carácter gradualmente progresivo.¹¹⁵

Similar de cauta es su postura ante el tema agrario, aunque aquí aboga por el control estatal directo sobre algunos grandes latifundios.¹¹⁶

¹¹² *Ibidem*, p. 17.

¹¹³ *Ibidem*, p. 18.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 15.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 16.

¹¹⁶ *Ibidem*, pp. 21-24.

Igualmente, comenzaron a aparecer obras doctrinales sobre legislación obrera como la de Rodolfo Méndez Peñate.¹¹⁷

Con la redacción de la Constitución de 1940, la influencia del constitucionalismo y la legislación mexicana pasó a ser indirecta, aunque se seguía reconociendo esta como referente obligado. En este sentido la encontramos en las obras de derecho constitucional de Juan Clemente Zamora¹¹⁸ y Ramón Infiesta.¹¹⁹

Igualmente a esta etapa corresponde el *Manual de Derecho Agrario y proyecto de Código de Reforma Agraria* de Manuel Dorta Duque,¹²⁰ y la *Legislación obrera* de Aureliano Sánchez Arango.¹²¹

INFLUENCIA DE LA REVOLUCIÓN MEXICANA EN EL DERECHO CUBANO

La obra legislativa de la Revolución mexicana, consagrada en la Constitución mexicana de 1917 tuvo un significativo impacto en Cuba. En primer lugar, no hay que olvidar que esta Constitución, al igual que la de 1940, estuvo destinada a consagrar los resultados jurídicos de la Revolución, institucionalizando el proceso.¹²² Es por ello que fue la primera en el mundo en contemplar un amplio catálogo de derechos sociales.¹²³ Como ha dicho al respecto un autor: “La nota más característica de nuestra ley fundamental consiste en que fue la primera en incorporar

¹¹⁷ Rodolfo Méndez Peñate, *Legislación obrera*, La Habana, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, 1947. La primera edición de esta obra vio la luz en 1939.

¹¹⁸ Juan Clemente Zamora, *Manual de Derecho Constitucional*, 2 ts., La Habana, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, 1941.

¹¹⁹ Ramón Infiesta, *Derecho constitucional*, 2a. ed. La Habana, s. e., 1954.

¹²⁰ Manuel Dorta Duque, *Manual de Derecho Agrario y proyecto de Código de Reforma Agraria*. Sin Editor, La Habana, 1941

¹²¹ Aureliano Sánchez Arango, *Legislación obrera*, La Habana, Selecta, 1953.

¹²² Guillermo F. Margadant, *Introducción a la historia del derecho mexicano*, cit.; María del Refugio González, *Historia del derecho mexicano*, México, UNAM, 1983; varios autores, *Un siglo de derecho civil mexicano. Memorias del II Coloquio Nacional de Derecho Civil*, México, UNAM, 1985; Emilio Rabasa, *Historia de las Constituciones mexicanas*, México, UNAM, 2004,

¹²³ Véase la bibliografía recomendada en la nota anterior.

normas de contenido social”.¹²⁴ En palabras de uno de los asistentes a la Convención de 1917:

Así, como Francia, después de su revolución, ha tenido el alto honor de consagrar en la primera de sus cartas magnas los inmortales derechos del hombre, así la Revolución Mexicana tendrá el orgullo legítimo de mostrar al mundo que es la primera en consignar en una constitución los sagrados derechos de los obreros.¹²⁵

A ello se sumó la concepción del problema agrario:

En el artículo 27 se incluyeron las disposiciones sobre el problema de la tierra. Se preceptuó, primordialmente, entre otros aspectos; que la propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional corresponde originalmente a la nación, la que puede constituir la propiedad privada imponiéndole las modalidades que dicte el interés público; se estableció la dotación de tierras y aguas a los pueblos, rancherías o comunidades que carecieran de ellas; se precisaron los elementos de los cuales la nación es propietaria y sobre los cuales ejerce dominio directo; se reglamentó el fraccionamiento de las grandes propiedades y cómo debía efectuarse, y se autorizó la expropiación por causa de utilidad pública.¹²⁶

Además hay que añadir una copiosa legislación ordinaria cuyo impacto se extiende hasta la década de los treinta. Entre ellas cabe destacar la Ley sobre Relaciones Familiares, que es reputada como el primer ordenamiento jurídico que se ocupó en el mundo de este tema.¹²⁷ Igualmente habría que reconocer su propuesta de reforma agraria y su amplia legislación obrera.¹²⁸

¹²⁴ Jorge Carpizo y Jorge Madrazo, *Derecho constitucional*, México, UNAM, 1991, p. 11.

¹²⁵ Citado por *ibidem*, p. 12.

¹²⁶ *Idem*.

¹²⁷ Jorge Barroso Figueroa, “La Revolución mexicana de 1910 y el derecho civil”, en *La Revolución mexicana a cien años de su inicio. Pensamiento social y jurídico*, México, Comisión Organizadora de Festejos del Bicentenario de la Independencia y Centenario de la Revolución mexicana, 2010, p. 76.

¹²⁸ Artículos 27 y 123 de la Constitución política de los Estados Unidos mexicanos que reforma la de 5 de febrero de 1857, en *Diario Oficial*, núm. 20, t. V, 5 de febrero de 1917.

Cuba tenía entonces algunos antecedentes en materia de legislación social que se remontan a la Constitución de 1901. Aunque esta fue un texto esencialmente liberal, incluyó en su articulado uno de los que posteriormente serían considerados derechos sociales. Efectivamente, el artículo 31 de la misma estableció que:

La enseñanza primaria es obligatoria, y así ésta como la de artes y oficios serán gratuitas. Ambas estarán a cargo del Estado, mientras no puedan sostenerlas respectivamente, por carecer de recursos suficientes, los Municipios y las Provincias. La segunda enseñanza y la superior estarán a cargo del Estado. No obstante, toda persona podrá aprender o enseñar libremente cualquier ciencia, arte, o profesión y fundar y sostener establecimientos de educación y enseñanza; pero corresponde al Estado la determinación de las profesiones en que exija títulos especiales, la de las condiciones para su ejercicio o la de los requisitos necesarios para obtener los títulos, y la expedición de los mismos, de conformidad con lo que establezcan las leyes.¹²⁹

Originalmente, su redacción era la habitual en los textos del siglo XIX, reconociendo la libertad de enseñanza, pero sin hacerla obligatoria. A propuesta del convencional Leopoldo Berriel, se deseó la fórmula original, siendo sustituida por la antes reseñada.¹³⁰ Con ella Cuba fue más allá en este aspecto, que el constitucionalismo precedente, al establecer la obligatoriedad y gratuidad de la educación. Con ello, la Constitución de 1901 incluyó en su articulado lo que en buena técnica sería un derecho colectivo o de segunda generación. Con ello, sin duda, se convertía en una de las más avanzadas de su tiempo y sentó un significativo precedente para su ulterior desenvolvimiento en el texto constitucional de 1940. Lamentablemente, el mismo no pasó más allá de las buenas intenciones de sus proponentes.

Durante los años finales de la segunda década del siglo XX, comenzaron a aparecer algunas normativas jurídicas, derivadas de un cierto influjo de la Revolución mexicana. Entre ellas encontramos, la Ley

¹²⁹ Artículo 31 de la Constitución de 1901, en Andrés Lazcano y Masón, *Las Constituciones de Cuba*, Madrid, Editorial Cultura Hispánica, 1952.

¹³⁰ Antonio Bravo Correoso, *Cómo se hizo la Constitución de 1901*, La Habana, Imprenta y Papelería Rambla, Bouza y Cía., pp. 37 y 38.

Arteaga de 1917,¹³¹ que prohibió el pago a los trabajadores con vales o fichas, que recordaba a la supresión de las tiendas de raya en 1915. La misma estableció sanciones de multa o de prisión para los patronos que no pagaran a sus empleados en moneda de curso oficial.

Otra normativa emanada de la influencia de la Revolución mexicana fue la Ley de Divorcio de 1917,¹³² que estableció formalmente esta institución en nuestro derecho.

No obstante, a la altura de 1928, un destacado publicista cubano, Diego Vicente Tejera, al estudiar la influencia del derecho foráneo en predios cubanos, sólo lo aprecia en el recurso de amparo en la posesión, creado durante la primera ocupación norteamericana, como una versión reducida del amparo constitucional mexicano. En este sentido el autor reconoce que:

Se recordó que en la república mexicana existía una ley cuyos efectos liberales y democráticos habían sido admirables, que se llamaba amparo, por la cual, tanto en lo penal como en lo civil, se protegía al ciudadano que arbitrariamente había sido lesionado en sus derechos, por alguna decisión judicial o de la administración pública, restableciéndose las cosas al ser y estado en que se encontraban antes que la decisión oficial hubiera causado el efecto dañino.¹³³

Lamentablemente, el mismo sólo era aplicable a los bienes, con lo que se perdió la posibilidad de introducir una institución de indudable utilidad.¹³⁴

Dicho sea de paso, hay que reconocer que, en materia de control constitucional, el amparo mexicano casi no ha incidido en nuestro derecho, en el cual este mecanismo de defensa constitucional y protección de los derechos ha transitado por otros derroteros.¹³⁵

¹³¹ Hortensia Pichardo, *Documentos para la Historia de Cuba*, t. 2, cit., 1973.

¹³² Francisco Llaca y Argudín, *Legislación sobre divorcio*, La Habana, Imprenta Rambla, Bouza y Cía., 1931.

¹³³ Diego Vicente Tejera, *Estado actual de la legislación cubana e influencia que en ella ejercen la de otros países*, Madrid, Reus, 1926, p. 83.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 83.

¹³⁵ Rogelio Benítez de Cárdenas, *Reformas en nuestra legislación. Compilación de disposiciones emitidas durante el gobierno interventor americano en Cuba*, La Habana, Imprenta Anchsa del Norte, 1903.

La reforma constitucional de 1928, al tratarse el tema de la duración del mandato presidencial y la prohibición expresa de la reelección, recibió un influjo directo de la carta magna mexicana de 1917. En esta última, como remedio contra la reelección indefinida, que legitimaba a dictaduras como la de Porfirio Díaz, se estableció en su artículo 83 que:

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, provisional o sustituto, en ningún caso y por ningún motivo podrá volver a desempeñar ese puesto.¹³⁶

En el caso cubano, después de un largo proceso de debate político, que se remontaba a 1906, se abordó la reforma constitucional como un mecanismo para evitar las continuas disputas electorales y evitar la perpetuación de los mandatarios en el poder. El resultado fue el artículo 66 que dispuso:

El Presidente de la República será elegido por sufragio de segundo grado, en un solo día y conforme al procedimiento que establezca la ley. El cargo durará seis años y nadie podrá desempeñar las funciones de Presidente en dos períodos consecutivos.¹³⁷

Ciertamente su redacción resulta un pálido reflejo del texto mexicano, y una broma cruel a la luz de los acontecimientos posteriores,¹³⁸ pero, en alguna medida refleja el ideario de no reelección, y sirvió de base ulterior a la Constitución de 1940.

¹³⁶ Artículo 83 de la Constitución política de los Estados Unidos mexicanos que reforma la de 5 de febrero de 1857, en *Diario Oficial*, núm. 20, t. V, 5 de febrero de 1917, p. 155.

¹³⁷ Artículo 66 de la Reforma Constitucional de 1928. en Andrés Lazcano y Masón, *Las Constituciones de Cuba, cit.*, 1952.

¹³⁸ Una disposición transitoria de la reforma constitucional de 1928, permitió al presidente en funciones presentarse como candidato a los comicios de ese año, estableciendo, de facto, un régimen dictatorial hasta 1933. Véase al respecto Disposición Transitoria Primera de la Reforma Constitucional de 1928, en Andrés Lazcano y Masón, *Las Constituciones de Cuba, cit.* **Puede abundarse además en la siguiente bibliografía:**

A partir de 1933 la influencia de la legislación de la Revolución mexicana en nuestro derecho se incrementó, siendo ésta la época de auge de la legislación obrera.

En este sentido podemos encontrar la creación de la Secretaría de Trabajo,¹³⁹ como ente rector de las actividades laborales en Cuba, la Ley de Nacionalización del Trabajo,¹⁴⁰ el establecimiento de la jornada de ocho horas,¹⁴¹ la legalización de las organizaciones sindicales,¹⁴² el reconocimiento del derecho a huelga,¹⁴³ la regulación del salario mínimo,¹⁴⁴ protección a la maternidad,¹⁴⁵ descanso retribuido,¹⁴⁶ entre otras. Esta amplia legislación obrera puso a Cuba, junto con México, entre los países de avanzada en cuanto al derecho laboral. Una parte significativa de la misma se incorporó a la carta magna cubana de 1940.

Otro aspecto significativo de la legislación de esta etapa fueron los esfuerzos por nacionalizar o intervenir el funcionamiento de algunos

¹³⁹ Decreto 2355 de 25 de octubre de 1933, por el cual se determinó la competencia de la Secretaría de Trabajo. En Hortensia Pichardo, *Documentos para la Historia de Cuba*, t. 4, primera parte, *cit.*, pp. 89-92.

¹⁴⁰ Decreto 2583 del 8 de noviembre de 1933. Ley provisional de nacionalización del trabajo, en Hortensia Pichardo, *Documentos para la Historia de Cuba*, t. 4, primera parte, *cit.*, pp. 99-101.

¹⁴¹ Decreto 2513 de 19 de octubre de 1933. Reglamento para la ejecución del Decreto 1693 de 1933 sobre la jornada laboral de ocho horas. En Pichardo, Hortensia. *Documentos para la Historia de Cuba*. Tomo 4, Primera Parte, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1973, p 84 a 89.

¹⁴² Decreto 2605. Reglamento sobre la organización sindical, en Hortensia Pichardo, *Documentos para la Historia de Cuba*, t. 4, primera parte, *cit.*, pp. 92-98.

¹⁴³ Artículos XV al XIX del Decreto 2605. Reglamento sobre la organización sindical, en Hortensia Pichardo, *Documentos para la Historia de Cuba*, t. 4, primera parte, *cit.*, pp. 95 y 96, y Decreto Ley 3 del 12 de febrero de 1934 regulando el derecho a huelga, en Hortensia Pichardo, *Documentos para la Historia de Cuba*, t. 4, primera parte, *cit.*, pp. 321-324. Considerado este último por Rodolfo Méndez Peñate como muy restrictivo, por agravar los requisitos de la anterior legislación y por las sanciones penales que estableció: “Por ello, pudiéramos decir que es una disposición legal proyectada con fines más bien de represión que de regulación del derecho de huelga”. Rodolfo Méndez Peñate, *Legislación obrera*, La Habana, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, 1947, p. 33.

¹⁴⁴ Decreto 117 del 9 de enero de 1934, en Hortensia Pichardo, *Documentos para la Historia de Cuba*, t. 4, primera parte, *cit.*, pp. 181-184.

¹⁴⁵ Decreto Ley 781 del 28 de diciembre de 1934, en Hortensia Pichardo, *Documentos para la Historia de Cuba*, t. 4, primera parte, *cit.*, pp. 527-531.

¹⁴⁶ Decreto Ley 40 del 20 de marzo de 1935, en Hortensia Pichardo, *Documentos para la Historia de Cuba*, t. 4, primera parte, *cit.*, pp. 601-604

servicios básicos. Entre las medidas de este tipo encontramos la rebaja de las tarifas de electricidad y gas,¹⁴⁷ la intervención de centrales azucareras cuyos propietarios aplicaron un *lock out* patronal¹⁴⁸ y la intervención de la Compañía Cubana de Electricidad.¹⁴⁹ Lamentablemente, estas medidas precursoras de una posible nacionalización de los recursos naturales terminaron frustradas por un golpe militar.

Los derechos sociales entraron de manera definitiva en el constitucionalismo cubano con las reformas, aprobadas por el Congreso, a la Ley Constitucional de 1935.¹⁵⁰ La misma añadió una nueva sección al título IV dedicada a reconocerlos. Como fundamento doctrinal se planteó en el artículo 37 que: “El régimen de la vida cubana se basará en los principios de la justicia social, y asegurará los beneficios de la vida familiar, de la cultura y de la armonía entre el trabajo y el capital a todos los habitantes de la República, a fin que disfruten de una existencia digna”.¹⁵¹ A continuación se desglosa un catálogo de derechos, que es reconocido como el antecedente directo de la Constitución de 1940. Aquí aparece de manera clara la influencia de la Constitución mexicana de 1917 en artículos como el 38¹⁵² que dio rango constitucional al divorcio, y el 39¹⁵³ que estableció el patrimonio mínimo inembargable. Su presencia se advierte igualmente en los artículos dedicados a la legislación obrera, como el 44¹⁵⁴ que estableció el salario

¹⁴⁷ Decreto 2974 del 6 de diciembre de 1933, en Hortensia Pichardo, *Documentos para la Historia de Cuba*, t. 4, primera parte, *cit.*, pp. 153-158. En el mismo se alga su condición de servicio público para justificar la intervención estatal.

¹⁴⁸ Decreto 96 del 6 de enero de 1934, en Hortensia Pichardo, *Documentos para la Historia de Cuba*, t. 4, primera parte, *cit.*, p. 190.

¹⁴⁹ Decreto 172 del 14 de enero de 1934, en Hortensia Pichardo, *Documentos para la Historia de Cuba*, t. 4, primera parte, *cit.*, pp. 188-190.

¹⁵⁰ Reforma integral de la Ley Constitucional de 1935 del 16 de diciembre de 1936, en Andrés Lazcano y Masón, *Las Constituciones de Cuba*, *cit.*

¹⁵¹ Artículo 37 de la Reforma integral de la Ley Constitucional de 1935 del 16 de diciembre de 1936, en Andrés Lazcano y Masón, *Las Constituciones de Cuba*, *cit.*

¹⁵² Artículo 38 de la Reforma integral de la Ley Constitucional de 1935 del 16 de diciembre de 1936, en Andrés Lazcano y Masón, *Las Constituciones de Cuba*, *cit.* Este mismo artículo equiparó los derechos y deberes de ambos cónyuges y eliminó la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos.

¹⁵³ Artículo 39 de la Reforma integral de la Ley Constitucional de 1935 del 16 de diciembre de 1936, en Andrés Lazcano y Masón, *Las Constituciones de Cuba*, *cit.*

¹⁵⁴ Artículo 44 de la Reforma integral de la Ley Constitucional de 1935 del 16 de diciembre de 1936, en Andrés Lazcano y Masón, *Las Constituciones de Cuba*, *cit.*

mínimo, el 45¹⁵⁵ que recogió lo referente al seguro social, el 46¹⁵⁶ que estableció la jornada máxima de ocho horas, el 47¹⁵⁷ que reguló el tema de la sindicalización y el derecho a huelga y el 48¹⁵⁸ con lo referente a la nacionalización del trabajo. De hecho, su estilo de redacción, con párrafos largos, donde se vinculan diferentes normas jurídicas, recuerda mucho al título sexto de la carta magna mexicana.¹⁵⁹

Con respecto a la propiedad, el texto cubano introdujo normas atenuadas con respecto al artículo 27¹⁶⁰ de la Constitución mexicana. Por principio se declaró que:

El Estado reconoce la propiedad privada pero su uso y explotación ha de realizarse de manera que propenda al bienestar del pueblo cubano. La propiedad de la tierra, del subsuelo, de los bosques, de las aguas, de los ferrocarriles y demás vías de comunicación y transporte y de las empresas de servicios públicos será explotada de manera que fomente el bienestar social.¹⁶¹

A ello hay que añadir el reconocimiento de la expropiación forzosa por razón de utilidad pública,¹⁶² y el complejo artículo 58,¹⁶³ que autorizaba al Estado a regular la tenencia de tierras, aunque no se ataca directamente al latifundio.

¹⁵⁵ Artículo 45 de la Reforma integral de la Ley Constitucional de 1935 del 16 de diciembre de 1936, en Andrés Lazcano y Masón, *Las Constituciones de Cuba*, cit.

¹⁵⁶ Artículo 46 de la Reforma integral de la Ley Constitucional de 1935 del 16 de diciembre de 1936, en Andrés Lazcano y Masón, *Las Constituciones de Cuba*, cit.

¹⁵⁷ Artículo 47 de la Reforma integral de la Ley Constitucional de 1935 del 16 de diciembre de 1936, en Andrés Lazcano y Masón, *Las Constituciones de Cuba*, cit.

¹⁵⁸ Artículo 48 de la Reforma integral de la Ley Constitucional de 1935 del 16 de diciembre de 1936, en Andrés Lazcano y Masón, *Las Constituciones de Cuba*, cit.

¹⁵⁹ Título Sexto: Del trabajo y la prevención social, de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma la del 5 de febrero de 1857, en *Diario Oficial*, núm. 20, t. V, 5 de febrero de 1917, pp. 158 y 159.

¹⁶⁰ Artículo 27 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma la de 5 de febrero de 1857, en *Diario Oficial*, núm. 20, t. V, 5 de febrero de 1917, pp. 150 y 151.

¹⁶¹ Artículo 51 de la Reforma integral de la Ley Constitucional de 1935 del 16 de diciembre de 1936, en Andrés Lazcano y Masón, *Las Constituciones de Cuba*, cit.

¹⁶² Artículo 54 de la Reforma integral de la Ley Constitucional de 1935 del 16 de diciembre de 1936, en Andrés Lazcano y Masón, *Las Constituciones de Cuba*, cit.

¹⁶³ Artículo 58 de la Reforma integral de la Ley Constitucional de 1935 del 16 de diciembre de 1936, en Andrés Lazcano y Masón, *Las Constituciones de Cuba*, cit.

La Constitución de 1940, mantuvo casi intacto el catálogo de derechos de la norma de 1936.¹⁶⁴ No obstante, se introdujeron algunas modificaciones con respecto a la legislación anterior. Así, por ejemplo, el artículo 43, al tratar las relaciones familiares añadió: “La mujer casada disfruta de la plenitud de la capacidad civil, sin que necesite de licencia o autorización marital para regir sus bienes, ejercer libremente el comercio, la industria, profesión, oficio o arte y disponer del producto de su trabajo”.¹⁶⁵ Igualmente se incluyó la prohibición de despido, sin las debidas formalidades legales,¹⁶⁶ la creación de cooperativas¹⁶⁷ y mutualidades, como complementos a la anterior legislación obrera.¹⁶⁸

Sin embargo, donde mejor se advierte el influjo mexicano es en lo referente a la economía. Aquí se incluyó el artículo 88 que dispuso: “El subsuelo pertenece al Estado, que podrá hacer concesiones para su explotación, conforme a lo que establezca la Ley. La propiedad minera concedida y no explotada dentro del término que fije la Ley, será declarada nula y reintegrada al Estado”.¹⁶⁹ Igualmente inspirado en el ejemplo mexicano es el artículo 90, que abrió la tan ansiada posibilidad de una reforma agraria:

Se proscribe el latifundio y a los efectos de su desaparición, la Ley señalará el máximo de extensión de la propiedad que cada persona o entidad pueda poseer para casa tipo de explotación a que la tierra se dedique y tomando en cuenta las respectivas peculiaridades. La Ley limitará restrictivamente la adquisición y posesión de la tierra por personas y compañías extranjeras, y adoptará medidas que tiendan a revertir la tierra al cubano.¹⁷⁰

¹⁶⁴ Véase los Títulos V y VI que comprenden los Artículos 43 a 96 de la Constitución cubana de 1940, en Andrés Lazcano y Masón, *Las Constituciones de Cuba*, cit.

¹⁶⁵ Artículo 43 de la Constitución cubana de 1940, en Andrés Lazcano y Masón, *Las Constituciones de Cuba*, cit.

¹⁶⁶ Artículo 77 de la Constitución cubana de 1940, en Andrés Lazcano y Masón, *Las Constituciones de Cuba*, cit.

¹⁶⁷ Artículo 75 de la Constitución cubana de 1940, en Andrés Lazcano y Masón, *Las Constituciones de Cuba*, cit.

¹⁶⁸ Artículo 81 de la Constitución cubana de 1940, en Andrés Lazcano y Masón, *Las Constituciones de Cuba*, cit.

¹⁶⁹ Artículo 88 de la Constitución cubana de 1940, en Andrés Lazcano y Masón, *Las Constituciones de Cuba*, cit.

¹⁷⁰ Artículo 90 de la Constitución cubana de 1940, en Andrés Lazcano y Masón, *Las Constituciones de Cuba*, cit..

Si se observa, una de sus principales diferencias con la Constitución de 1917, es que las atribuciones conferidas por este último a los estados, resultan aquí competencia del poder central.

Con posterioridad a la Constitución de 1940 comenzó a declinar la influencia de la Revolución mexicana en nuestro derecho. Como apuntábamos anteriormente, la carta magna de 1940 se convirtió en el referente jurídico doctrinal para los juristas cubanos.

Durante un breve momento, después del triunfo revolucionario de 1959, se rescató el impacto directo de la legislación de la Revolución mexicana en nuestro derecho. Ello es especialmente visible en la Ley de Reforma Agraria del 17 de mayo de 1959.¹⁷¹ Esta es la opinión defendida por Rolando Pavó Acosta, en un interesante análisis comparado de las mismas.¹⁷² Este momento resultó efímero. La radicalización del proceso revolucionario, conllevó a que se comenzara a mirar con mayor insistencia al modelo de socialismo real europeo, quedando progresivamente arrinconada la tradición de beber de fuentes como la Revolución mexicana para modernizar nuestro derecho.

CONCLUSIONES

Es innegable que desde el siglo XVI existen fuertes lazos jurídicos entre Cuba y México, hilvanados a través del vínculo colonial.

En segundo lugar, aunque, con obvias diferencias temporales, ambos países siguieron hasta la mitad del siglo XX una paralela evolución del derecho.

En tercero, en ambos se presentaron problemas económicos, políticos y sociales comunes, cuyas soluciones podían ser adaptadas a las circunstancias propias de cada uno.

En cuarto, como resultado de lo anterior, los políticos y juristas cubanos comenzaron a utilizar al derecho emanado de la Revolución mexicana como referente, a la hora de proponer soluciones a los problemas cubanos.

¹⁷¹ Ley del 17 de mayo de 1959, *Ley de Reforma Agraria en el Forum Nacional de Reforma Agraria*, La Habana, sin editor, 1960, pp. 613 y ss.

¹⁷² Véase Rolando Pavó Acosta, “Legado de la Revolución mexicana en la reforma agraria cubana de 1959”, *Política y Cultura*, núm. 33, 2010, pp. 35-58, disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=26712504003> (fecha de consulta: 1o. de abril de 2016).

En quinto, dichas propuestas se tradujeron en normas jurídicas, que entraron en vigor fundamentalmente durante la primera mitad de la centuria. En ellas es posible apreciar claramente, los paralelismos con la Constitución mexicana de 1917 y la legislación ordinaria del periodo revolucionario.



LA CONSTITUCIÓN DE ESTADOS UNIDOS Y LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917

Mario Melgar Adalid*

INTRODUCCIÓN

Esta investigación presenta notas comparativas de la Constitución de Estados Unidos de 1787 con relación a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, promulgada el 5 de febrero de 1917, cuyo centenario celebramos. La comparación pretende identificar algunos temas, instituciones, normas y aspiraciones ajenas que influenciaron al texto que rige la vida constitucional de México. No es una tarea sencilla comparar un texto constitucional producido en un país con antecedentes históricos, idiosincrasia, cultura, origen y características tan distintas como es Estados Unidos respecto a México. La tarea se complica aún más si los textos a comparar guardan una distancia que los separa 130 años, además en condiciones históricas y sociales muy diversas, en países con características disímiles y legados históricos y culturales diferentes.

Dadas las limitaciones de espacio, el método para el análisis comparativo que se adoptó es casuístico. De tal manera que se describirán las notas similares de instituciones creadas por los textos constitucionales, así como sus divergencias. En tanto, las Constituciones determinan la forma de organización del poder público y precisan los límites del

* Miembro del Sistema Nacional de Investigadores.

Estado frente a los ciudadanos y los derechos humanos, se revisarán comparativamente algunas instituciones cruciales para la vida política y social de las dos naciones como el sistema federal, la separación de poderes, el régimen presidencial, el sistema republicano, la distribución de competencias, la relación entre poderes y los mecanismos judiciales de control constitucional.

Más allá de las coincidencias y discrepancias de los textos, debemos recordar que las Constituciones son un conjunto de principios jurídicos superiores que definen los órganos supremos del Estado. La Constitución, en su vertiente orgánica, es un instrumento de gobierno que otorga facultades al Estado, pero también limita a los poderes estatales al someterlos a su texto. La Constitución, y eso vale para la de Estados Unidos de 1787, como para la mexicana de 1917, contiene derechos y deberes estatales. Raúl Zamorano lo ha planteado de esta manera: “en términos generales, las funciones de la Constitución pueden ser sintetizadas básicamente en tres dimensiones: la democrática (formación de la unidad política), la liberal (coordinación y limitaciones del poder estatal) y la social (configuración social de las condiciones de vida)”.¹ Veremos en qué medida estas tres dimensiones, democrática, liberal y social de las Constituciones norteamericana de 1787 y la mexicana de 1917, se acercan o alejan.

Es necesario que se tome en cuenta que la Constitución mexicana no es un texto que brotó de la inspiración exclusiva de sus creadores, sino que es producto del constitucionalismo histórico acumulado desde las primeras Constituciones mexicanas al empezar el siglo XIX. Tampoco debe olvidarse que el texto de Querétaro ha ido acomodándose al desarrollo político, social y económico de un país que sufrió notables modificaciones estructurales en el pasado siglo XX y al inicio del presente siglo XXI. El número de reformas del texto hace evidente que si bien la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, promulgada en Querétaro en 1917, ha conservado su estructura ideológica, sus instituciones fundacionales y su carácter democrático, republi-

¹ Raúl Zamorano Farías, “Modernidad, sociedad y constitucionalismo en América Latina”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 19, julio-diciembre de 2008, p. 272.

cano, social, popular y federalista, es un texto con notables diferencias, no solamente de contenido y de detalles, al expedido originalmente.

Si bien existen características del sistema constitucional mexicano que difieren o se apartan del sistema constitucional norteamericano, es evidente que la Constitución de Filadelfia de 1787 influyó a la mexicana de Querétaro de 1917, bastaría para ello simplemente mencionar el nombre oficial de los dos países: los Estados Unidos de América frente a los Estados Unidos Mexicanos. Lo anterior no significa que en México los constitucionalistas mexicanos no hubieran impreso su sello a lo largo de la historia constitucional mexicana.

ORIGEN DE LAS CONSTITUCIONES

Ambas Constituciones, tanto la de Filadelfia de 1787, como la de Querétaro de 1917, surgieron de movimientos revolucionarios, si bien dichos movimientos o gestas son diferentes, en tanto no comparten notas comunes o similares. Conforme al maestro Felipe Tena Ramírez, jurídicamente la revolución es la modificación violenta de los fundamentos constitucionales de un Estado. En esta connotación no se incluyen rebeliones, asonadas, motines o cuartelazos que tienen un motivo personal, pero no pretenden modificar el régimen jurídico existente.²

El origen de ambas Constituciones es muy distinto. En Estados Unidos no existían otros antecedentes que las Constituciones estatales de las entidades que acudieron a Filadelfia para reformar los Artículos de Confederación, de donde surgió la primera y única Constitución norteamericana. En México, de manera muy diferente, la Constitución de Querétaro sería el producto de los trabajos del Congreso Constituyente, lo que es cierto, pero también del legado de diversos textos constitucionales previos, en particular de las Constituciones de 1824 y de 1857. De manera que para relacionar o comparar las Constituciones vigentes de México y Estados Unidos, en el caso de México es necesario tener a la vista los textos constitucionales que antecedieron.

En este sentido, la manía histórica de considerar a Estados Unidos como un paradigma constitucional, se ha ido abandonado para ubicar

² Felipe Tena Ramírez, *Derecho constitucional mexicano*, 32a. ed., México, Porrúa, 1988, pp. 65 y 66.

ese texto en un plano diferente, y además compartido con otras influencias como fueron el derecho español, específicamente la Constitución de Cádiz de 1812 y las aportaciones de los tratadistas y constituyentes mexicanos. González Oropeza hace el recuento de los tres periodos de la influencia americana en el constitucionalismo mexicano: (i) Los años de la lucha independiente de 1810 a 1821, que comprende además el debate entre federalismo y centralismo de 1822 a 1847 en que la balanza se inclinó a uno u otro lado; (ii) La consolidación del federalismo de 1857 a 1881 y la etapa del porfiriato, así como la (iii) que comprende la revolución y la Constitución de 1917.³

Independientemente de lo anterior, también es de tomar en cuenta la referencia que hace Jorge Carpizo de lo que la historia constitucional mexicana registra. Señala el constitucionalista mexicano que Esteban Austin redactó en inglés un proyecto de Constitución para la república mexicana en el que mezcló las dos influencias que recibió el texto fundamental de 1824: la Constitución de Estados Unidos y la Constitución de Cádiz. En dicho proyecto, Austin señalaba que se deberían copiar algunos artículos de la Constitución de Cádiz relativos a la formación de leyes, otros relativos a los secretarios de Estado y unos más respecto a la administración de justicia. Más adelante —continúa Carpizo— Austin redactó otro proyecto, sólo que excluyó los preceptos de la Constitución de Cádiz y el trabajo se lo entregó a Miguel Ramos Arizpe.⁴ No se puede negar la influencia norteamericana en el constitucionalismo mexicano, como tampoco la tradición jurídica española, particularmente al final del siglo XX.⁵

La Constitución de Estados Unidos constituyó un rompimiento del orden legal que le precedió, mientras en México, la de 1917, fue el resultado del estallido político contra el régimen de Porfirio Díaz, pero formalmente no se trató de un quebrantamiento del orden jurídico. De

³ Manuel González Oropeza, *Constitución Federal de los Estados Unidos de América*, México, Tribunal de Poder Judicial de la Federación-UNAM, Instituto de Investigaciones Bibliográficas, 2013, p. 15.

⁴ Jorge Carpizo, *El presidencialismo mexicano*, 10a. ed., México, Siglo Veintiuno Editores, 1991, p. 41.

⁵ Un solo ejemplo: la creación del Consejo de la Judicatura Federal en 1995. Cfr. Mario Melgar Adalid, *El Consejo de la Judicatura Federal*, México, Porrúa, 1997.

hecho, la Constitución mexicana de 1917 es un texto que formalmente reformó la Constitución liberal de 1857. Se trató de un proyecto que tomó como bandera la restauración del orden constitucional que se consideraba abandonado por la dictadura porfirista, y que consecuentemente derivó de la revolución constitucionalista de 1913 y modificó violentamente el orden político anterior.

En Estados Unidos, el texto constitucional que se aprobó en Filadelfia (1787) suprimió los llamados Artículos de Confederación que habían sido el acuerdo colectivo de los Estados que declararon su independencia de Inglaterra. Los Artículos no cumplieron su cometido, por el contrario, generaron un sistema fallido que fue necesario cancelar por uno nuevo y distinto. La solución adoptada por los Artículos impidió la creación de un auténtico gobierno central, dotado de la capacidad para lograr la unidad. Se trataron de enmendar los Artículos de Confederación, para lo cual se convocó a una convención que se ocupara de tal tarea. En un principio el objetivo era revisar exclusivamente los Artículos de Confederación, en tanto no había un Poder Ejecutivo nacional, todos los trece estados enarbolaban su soberanía, lo que impedía que el gobierno nacional tuviera la capacidad de imperio frente al pueblo.

El gobierno central no tenía autoridad para regular el comercio entre los estados, imponer contribuciones o simplemente hacer valer sus designios. Los constituyentes se reunieron a partir de mayo de 1787 en Filadelfia, con la encomienda de reformar los Artículos de Confederación, pero decidieron romper con el pasado y optaron por diseñar un nuevo sistema. Al hacerlo destruyeron el marco jurídico existente, incluyendo la desaparición del gobierno en funciones. Todo esto en un clima de incertidumbre y riesgo de acabar con la Unión. De hecho se trató de un *coup d'état*, de una auténtica rebelión en contra del sistema derivado de la Declaración de Independencia. Se trató efectivamente de un golpe de Estado, solamente que de carácter pacífico, sin derramamiento de sangre, que fue aceptado por el pueblo a través de las convenciones que ratificaron el texto en todos los estados.⁶

⁶ Michael Stokes Paulsen *et al.*, *The Constitution, an introduction*, Nueva York, Basic Books, 2015, pp. 4-21.

En México, el origen constitucional fue diferente. Derivado del movimiento revolucionario de 1910, que canceló la dictadura de Porfirio Díaz, las distintas facciones revolucionarias, una vez triunfante la revolución constitucionalista, se dieron cita en 1916, en la ciudad de Querétaro para conformar el Congreso Constituyente que habría de producir el texto constitucional que rige desde 1917. Los trabajos constitucionales tuvieron como carta de navegación el proyecto de Constitución preparado por el general Venustiano Carranza, jefe del Ejército Constitucionalista. Las condiciones en que se discutió y aprobó la Constitución de 1917 eran particularmente difíciles. Mientras en el norte la expedición del general Pershing, al mando de tropas federales estadounidenses, perseguía a Francisco Villa; en el sur de México seguía activo el revolucionario Emiliano Zapata. En estas condiciones complicadas ocurrieron las deliberaciones constitucionales.

La nueva Constitución tomó de la de 1857, que pretendía restaurar buena parte de su texto, particularmente en cuanto a los derechos y garantías que consagra, pero modificó sustancialmente la composición del poder al otorgar al presidente facultades no contenidas en las Constituciones anteriores y adelantando la configuración de un régimen presidencialista. Adicionalmente, y esta es la característica más notable de la Constitución mexicana de 1917, se incorporaron las ideas sociales y democráticas que nutrieron el movimiento armado de 1910.

El texto de Querétaro es la primera Constitución social del mundo, pues contiene disposiciones a favor del trabajo, la libre sindicación de los obreros, un régimen agrario de avanzada ideológica, garantizaba el dominio de la nación sobre los recursos naturales, particularmente el petróleo, entre otros avances populares y democráticos. Uno muy notable es el relativo al papel que tiene en una sociedad democrática la educación. La Constitución de Estados Unidos no hace referencia a la educación o a las normas que deben regir el trabajo, como lo hace la Constitución mexicana de 1917, en los artículos 3o. y 123.

En cuanto al petróleo, este importante recurso había cobrado significación económica estratégica en el mundo, al haberse dado la conversión de los navíos que en lugar de verse impulsados por la combustión del carbón, empezaron a utilizar petróleo. El artículo 27 constitucional devolvió al Estado los derechos del subsuelo, y *de facto* canceló las con-

cesiones otorgadas anteriormente. El efecto global que estas medidas tuvieron en el mundo pusieron al texto mexicano en lugar destacado y a la vanguardia del debate internacional.

Víctor Niemeyer encuentra algunas diferencias como la duración del trabajo de los constituyentes, la manera de elegir a los delegados o diputados constituyentes, el grado de representación nacional y la manera de conducir las reuniones deliberativas. En Filadelfia los trabajos empezaron el 14 de mayo de 1787, si bien el quórum se reunió hasta el 25. Las sesiones terminaron el 17 de septiembre. Los trabajos del Constituyente estadounidense no tenían límite. En México, por el contrario, los constituyentes reunidos en Querétaro sesionaron dos meses, aunque hubo reuniones preliminares muy largas para la aprobación de credenciales que empezaron el 20 de noviembre de 1916. Los constituyentes mexicanos asumieron el compromiso de tener la Constitución completa el 31 de enero de 1917, fecha fijada en la convocatoria. La Constitución se promulgó el 5 de febrero de 1917. En Estados Unidos los delegados fueron designados por las legislaturas estatales, y en México elegidos directamente por el pueblo. No había propiamente reglas electorales, no había partidos políticos constituidos ni nacionales ni locales, por lo que los candidatos fueron presentados por los grupos locales o se postularon como independientes. Se eligieron 216 representantes de otros tantos distritos electorales. Todos los estados, con excepción de Campeche y Quintana Roo, tuvieron representante. En las sesiones en Querétaro votaban individualmente, mientras que en Filadelfia lo hicieron por estados. En México, de 216 diputados constituyentes electos acudieron solamente 193, pero se permitían suplentes que acudieron en número elevado. En Filadelfia asistieron cincuenta y cinco delegados, no había régimen de suplencia, pero sólo treinta y nueve estuvieron en todas las sesiones.⁷

Otra diferencia notable es que las deliberaciones del Congreso de Filadelfia fueron absolutamente secretas, y no existe registro oficial

⁷ Víctor Niemeyer, “El Congreso Constituyente norteamericano de 1787 y el Congreso Constituyente de 1916-1917. Comparación y contraste”, en James Frank Smith (coord.), *Derecho constitucional comparado México-Estados Unidos*, trad. de Harcourt H. Stebbins, México, Universidad de California, Davis-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1990, t. 1, pp. 72 y 73.

de las sesiones. Mientras en México se llevó un registro o Diario de los Debates. El público estuvo enterado de las deliberaciones de los diputados constituyentes, a través del periódico *El Universal* que fundó Félix F. Palavicini, constituyente por el Distrito Federal, que difundió los debates al público lector a través de la prensa.

Independientemente de las circunstancias históricas ya mencionadas, y del origen diverso de los dos ordenamientos, la Constitución mexicana recibió, como muchos otros países del bloque occidental en el mundo, la influencia de la Constitución de Estados Unidos. Este ordenamiento que es ahora la Constitución escrita más antigua, ha sido modelo de muchas otras de países que se han denominado “democracias en el orbe”, incluyendo a México. No obstante, los orígenes de ambas son diametralmente opuestos y respondieron a necesidades políticas distintas.

LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917 VIS À VIS LA CONSTITUCIÓN NORTEAMERICANA DE 1787

Frente a frente, la semejanza más evidente de los textos fundacionales es el nombre de los países que constituyeron: *The United States of America* frente a los Estados Unidos Mexicanos. Orgánicamente los dos países comparten similares instituciones políticas y formas de gobierno. México y Estados Unidos tienen formas republicanas, división de poderes en tres ramas: Ejecutivo, Legislativo y Judicial; los dos países, conforme lo establecen sus respectivas Constituciones, tienen un Ejecutivo unipersonal dotado de amplias facultades que instituyen un régimen presidencialista, un Poder Legislativo dividido en dos cámaras, de diputados y senadores; las dos países tienen un sólido apartado de protección a derechos fundamentales y un sistema federal basado en la distribución residual de competencias entre la Federación y los Estados que integran la unión, basado en la siguiente premisa: “las competencias no conferidas a los funcionarios federales se entienden reservadas a los Estados”.

Aun cuando parece algo irrelevante, la Constitución de Estados Unidos y la de México de 1917 son Constituciones escritas. En su

tiempo, la Constitución de Filadelfia, al tratarse de un texto escrito, fue considerada como una innovación que constituyó una contribución a la ciencia del gobierno. Efectivamente, al tratarse de un texto escrito, la interpretación del mismo se ocuparía del contenido textual y no de la colección de tradiciones y prácticas, como ocurre con la Constitución de la Gran Bretaña. Los límites de la Constitución están en las palabras, las frases y la estructura del documento mismo.⁸ Después de la Constitución escrita de 1787, las demás Constituciones del mundo, incluyendo la mexicana de 1917, han sido Constituciones escritas. Esto que parece perogrullada en el siglo XXI fue una notable innovación al final del siglo XVIII.

Una de las grandes contribuciones de la Constitución de Filadelfia es haber creado una forma republicana de gobierno. Se abandonó la forma monárquica o la aristocrática por una fórmula popular: una democracia representativa, la misma por la que lucharon los mexicanos en los primeros años de su vida independiente. En este sentido, México decidió igualmente por una forma republicana de gobierno. El pueblo es el que decide y gobierna. Ninguna de las divisiones del poder es hereditaria, sino que el poder deriva del pueblo y de sus decisiones. La Constitución de Estados Unidos estableció dos disposiciones que influyeron en el texto fundamental de México: la prohibición para el gobierno nacional o para los gobiernos estatales de otorgar títulos nobiliarios.⁹ En México existe disposición expresa que establece que en el país no se concederán títulos de nobleza, ni prerrogativas y honores hereditarios, ni se dará efecto alguno a los otorgados por cualquier otro país.¹⁰

Adicionalmente, la Constitución norteamericana establece que debe garantizarse la forma republicana de gobierno, como lo hace la Constitución mexicana de 1917.¹¹

En cuanto al relevante tema de los derechos humanos, el otro pilar de las Constituciones y la defensa de los particulares frente a los actos arbitrarios del gobierno, las soluciones fueron diametralmente

⁸ Michael Stokes Paulsen *et al.*, *op. cit.*, pp. 23 y ss.

⁹ Artículo I, secciones 9 y 10, de la Constitución de Estados Unidos.

¹⁰ Artículo 12 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹¹ Artículo IV de la Constitución de Estados Unidos.

opuestas. En Filadelfia los delegados consideraron que no era necesario incluirlas en el texto constitucional, para después corregir la omisión con la expedición del *Bill of Rights* en las enmiendas a la Constitución de 1791. La Constitución mexicana de 1917 tuvo una idea muy clara al dedicar el capítulo I, “De las garantías individuales”, a los derechos y garantías individuales en los primeros 29 artículos de la Constitución.¹²

Las diferencias son mucho más numerosas, aunque de calado menor. No modifican estructuralmente la organización política de los dos países. Por ejemplo: la Constitución mexicana ha sufrido 697 reformas desde su promulgación, y seguirá sufriendo reformas.¹³ Mientras la Constitución norteamericana de 1787 lleva veintisiete enmiendas, diez de las cuales ocurrieron en un mismo evento, la Constitución centenaria lleva centenares de reformas. Lo anterior es explicable tanto por los diferentes mecanismos para alcanzar una modificación al texto constitucional, como por el carácter particular de cada sistema político. En México, en términos del artículo 135, se requiere para adicionar o reformar el texto que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los congresistas presentes, acuerde tales reformas o adiciones y que se aprueben por mayoría de las legislaturas de los Estados. En Estados Unidos, el mecanismo es más complicado, pues en ese país se requiere que las propuestas del Congreso sean aprobadas por tres cuartos de los Estados.¹⁴ Adicionalmente, para hacer más complicado el espectro, en las enmiendas que han ocurrido, la ratificación ha estado a cargo de las legislaturas estatales, pero también, como en el caso de la vigésima primera, por asambleas especiales.¹⁵

¹² El título fue modificado por el “De los derechos humanos y sus garantías”, en la reforma sobre derechos humanos publicada en *Diario Oficial de la Federación* de 10 de junio de 2011.

¹³ Cfr. Reformas por periodo presidencial; disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_per.htm. La última publicada en *Diario Oficial de la Federación* el 29 de enero de 2016, relativa a la reforma política de la Ciudad de México.

¹⁴ Artículo V.

¹⁵ John R. Vile, “El proceso de enmendar la Constitución en los Estados Unidos de América: análisis y comparación con la experiencia mexicana”, en James Frank Smith (coord.), *Derecho constitucional comparado México-Estados Unidos*, trad. de Harcourt H. Stebbins, México, Universidad de California, Davis-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1990, t. 1, p. 205.

EL FEDERALISMO

Desde un punto de vista abstracto, el federalismo, como lo plantea el profesor Martin Shapiro, es un absurdo lógico legal. No pueden dos soberanos reinar sobre la misma persona o lugar. La salida que se ha dado para resolver este aparente problema es concebir al federalismo como un régimen jurídico coextenso en que existen “dos cajas” en que las actividades humanas se ubican en alguna de las dos, y una caja se asigna a cada soberano, conforme a un plan predeterminado, aceptado por los dos y contenido en la Constitución general.¹⁶ El federalismo es, en la terminología de Carl Schmitt, una de las decisiones políticas fundamentales. Éstas son las determinaciones políticas de los integrantes de una comunidad que deben operar para el futuro como algo decisivo y determinante. Para Schmitt, en la Constitución de Weimar, el pueblo había decidido que el gobierno fuera democrático, republicano, federal y representativo. Estas eran decisiones políticas fundamentales. Tanto la Constitución de Estados Unidos en 1787, como la mexicana de 1917, y los textos constitucionales que establecieron regímenes federales que le antecedieron, optaron igualmente por tal sistema federal. El primer Estado federal que surgió constitucionalmente es el derivado del texto discutido y aprobado en Filadelfia en 1787, por lo que no resulta extraño que los tres países que siguieron el modelo federalista en el continente americano, México, Brasil y Canadá, hubieran optado por esta forma de organización y distribución del poder.

Las cuestiones centrales que ocuparon la atención de los constituyentes reunidos en Filadelfia están ligadas a la idea del federalismo que deseaban y podían construir. Como se trataba de crear un gobierno nacional que resolviera el vacío que habían dejado los Artículos de Confederación, las preguntas que surgieron en los debates pretendían dilucidar varias cuestiones: ¿Qué tan fuerte debe ser y con qué facultades debe contar el Gobierno nacional? ¿Qué tanto poder

¹⁶ Martin Shapiro, “Judicial Review Global”, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional, teoría general del derecho procesal constitucional. Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Marcial Pons, 2008, t. I, p. 893.

deben reservarse los estados para sí? ¿Debe ser supremo el Gobierno nacional, debe estar por encima de los gobiernos estatales? ¿Debe haber un Ejecutivo federal fuerte? ¿Cuáles deben ser sus facultades? Estas y algunas otras cuestiones, los pesos y contrapesos al poder, la necesidad de una carta de derechos, ¿cómo resolver la cuestión de la esclavitud que chocaba con los principios de igualdad y libertad que proclamaba el texto constitucional?, ¿qué es lo que dividía a los estados del norte respecto de los estados sureños?, ocuparon la atención de los asambleístas. Tanto así, hasta que George Washington, en su calidad de presidente de la Convención, remitió al Congreso el proyecto con el fin de que se reenviara a los estados para su consideración. El método para la ratificación era que cada estado integrara una asamblea especial ocupada de ratificar o no el texto propuesto.

El bloque de constituyentes que estaba por un Gobierno nacional fuerte se autodesignó como los “federalistas”. Por el otro bando, quienes se oponían a estas ideas se denominaron los “antifederalistas”. El debate fue intenso, y consistió en centenares de discursos, artículos, panfletos, artículos periodísticos, y los famosos ochenta y cinco ensayos contenidos en *El Federalista*. Este bloque de ensayos es fundamental para desentrañar el sentido de la Convención estadounidense, en donde no se dieron, al contrario de la Constitución mexicana de 1917, diario de debates, ni registros formales de las discusiones. Entre octubre de 1787 y mayo de 1788 en tres periódicos de la ciudad de Nueva York se publicaron setenta y siete artículos por un triunvirato integrado por John Jay, Alexander Hamilton y Samuel Madison, bajo el seudónimo de Publio, y que integrados se conocen como *El Federalista*.¹⁷

Entre las decisiones que se tomaron en Filadelfia, incluyendo el que el texto fundacional fuera una Constitución escrita, es que se creara un sistema republicano de gobierno y no una monarquía o gobierno aristocrático, que se hubiera dado una separación de poderes a fin de que se estableciera un sistema de pesos y contrapesos del poder. Todo esto parecía innovador, pero todavía no tenía el carácter de revolucionario. Lo que determinó tal carácter fue la réplica que se hizo de los gobiernos que adoptaron los trece estados, ciertamente republicanos,

¹⁷ Hamilton, Madison y Jay, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1957.

en un solo que los incluyera a todos. Las dudas que surgieron son el fundamento del sistema federal norteamericano: ¿Cómo crear un nuevo Estado sin la eliminación de los trece estados creadores? ¿Cómo se relacionarán los trece estados entre sí? ¿Cuál será la relación respecto al Gobierno nacional que establecieron entre todos? ¿Cuál de los gobiernos, los creadores o el creado, es el que detenta la soberanía? ¿Qué pueden y deben hacer los estados que forman la nueva entidad, y qué facultades y poderes se le asignan al ente creado?

Las respuestas están en uno de los artículos de *El Federalista*, el número 37, en que se precisan los cuatro puntos cardinales de la Constitución de Estados Unidos: (i) que se trata de una Constitución escrita, (ii) que es para un sistema republicano, (iii) que existe la separación de poderes entre las ramas del Estado nacional y (iv) que existe un sistema federal que divide el poder del Gobierno nacional del Gobierno de los estados. En este texto, Madison hizo evidente uno de los temas cruciales del sistema federal, como son “las pretensiones incomparables de los estados grandes y pequeños”. Naturalmente se refería a la pretensión de los grandes de participar en proporción a su mayor riqueza e importancia, y el que los pequeños defenderían la igualdad de que disfrutaban cuando estaban vigentes los Artículos de Confederación.¹⁸ Problema cuya solución fue adoptada por el sistema mexicano que estableció el federalismo en los primeros años de la independencia nacional.

En México, la Constitución de 1824 fue el resultado de los trabajos de los congresos primero-restaurado-convocante y segundo que fue propiamente el constituyente. El antecedente es el Acta de Constitución de la Federación Mexicana que dio los elementos para la integración del país. El Congreso constituyente de 1823-1824 determinó la adopción del sistema federal en su organización política y social, y para fundamentarlo expidió el Acta Constitutiva que fijó los lineamientos para la Constitución.¹⁹

Mucho se ha discutido en la doctrina sobre la influencia de la Constitución de Estados Unidos en la adopción del sistema federal

¹⁸ *Ibidem*, pp. 147-152.

¹⁹ Mario Melgar Adalid, “Estudio comparativo del Acta Constitutiva de la Federación Mexicana y de la Constitución de 1824”, *Obra jurídica mexicana*, México, Procuraduría General de la República-Gobierno del Estado de Guerrero, 1988, pp. 7-57.

mexicano. En el Segundo Congreso Constituyente, que tuvo entre sus acuerdos expedir el Acta Constitutiva de la Federación Mexicana, se enfrentaron dos grupos: los federalistas encabezados por Lorenzo de Zavala, Valentín Gómez Farías, Juan Bautista Morales, Crescencio Rejón y Miguel Ramos Arizpe, y por el bando centralista fray Servando Teresa de Mier y Carlos Bustamante. La idea federal quedó manifiesta en el texto del Acta, de tal manera que la influencia de la Constitución norteamericana de 1787 es evidente e innegable. Lo anterior no significa, como lo he repetido, que no se hubieran dado otras influencias. El papel de la Constitución de Cádiz fue importante en temas como la soberanía de la nación, la religión, la protección de los derechos fundamentales, el derecho a publicar ideas, la libertad de imprenta, el nombramiento y remoción de los secretarios del despacho, el retiro y las pensiones militares, el auxilio que debe brindar el Gobierno a la administración de justicia.

Otras facultades e instituciones derivaron de la influencia tanto de la Constitución de Cádiz como de la Constitución de Estados Unidos. Entre estas influencias compartidas se encuentran: la obligación de enviar cuentas al gobierno general; las bases para las elecciones; la relación de provincias-estados integrantes; las facultades monetarias; la organización de las fuerzas armadas; la facultad de disponer de las fuerzas armadas; el nombramiento de enviados diplomáticos y cónsules.

Naturalmente, la influencia de la Constitución de Estados Unidos en el texto de 1824, que después se trasladaría a los textos de 1857 y 1917, es innegable en estos asuntos: forma de gobierno republicana, representativa y federal; división de poderes en los estados; gobiernos de estados independientes, libres y soberanos; Constituciones locales que deciden la integración de los congresos locales; Poder Judicial conforme a Constituciones estatales; prohibición a los estados de contratar con potencias extranjeras, admitir nuevos estados, comercio con naciones extranjeras, declaración de guerra, aprobación de tratados de paz, disponer de las milicias y patentes de corso.²⁰

En México se ha dado un debate sobre la preeminencia de la Constitución de Estados Unidos o la de la Constitución de Cádiz. Para

²⁰ *Ibidem*, pp. 4700-4704.

algunos, la Constitución mexicana hizo una imitación extralógica del sistema constitucional norteamericano, y para otros no hubo tal, sino que, al menos, en cuanto al federalismo, las provincias amenazaban con separarse si no se encontraba una solución. Sobre este aspecto la profesora Nettie Lee Benson planteó un origen federal mexicano, que no tuvo que ver con una copia extralógica, sino con antecedentes que acreditaban un origen federal en las instituciones de la Nueva España.

Como se verá adelante, en el apartado sobre el presidencialismo, México no tenía entonces una tradición constitucional propia, sino que con el paso del tiempo fue imponiendo a distintas instituciones, incluyendo al sistema federal, características y desarrollos propios que la separaron del origen. La afirmación de fray Servando Teresa de Mier, en un elocuente discurso en contra del sistema federal, que habría de repetirse a lo largo del siglo XIX y entrado en siglo XX, de que “En los Estados Unidos, la Federación sirvió para unir lo desunido, en tanto entre nosotros servirá para desunir lo unido”, propició un debate entre los federalistas y los centralistas. A los primeros se le acusó de haber utilizado el “Proyecto de Constitución federal” que Esteban Austin habría de entregarle a Miguel Ramos Arizpe, y de donde supuestamente se copió el sistema federal norteamericano. Quienes no comparten este criterio sostienen que el federalismo es un producto natural de la historia. Confirman que fueron las provincias mexicanas el germen del sistema federal mexicano, el que estaba contenido en el Proyecto de Acta Constitutiva de la Nación Mexicana que preparó Miguel Ramos Arizpe.²¹

En efecto, algunos autores consideran que en las diputaciones provinciales incorporadas en el texto de la Constitución de Cádiz, por la presión de los diputados americanos, fueron determinantes en la implantación del federalismo mexicano, por así exigirlo la diversidad geográfica y cultural del conjunto nacional.²² Otros tratadistas estiman que los autores de la Constitución de 1824 consideraban que los esta-

²¹ Mario de la Cueva, “La Constitución política”, *México 50 años de revolución*, t. III: *La política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1991, pp. 10 y 11.

²² José Gamas Torruco, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 2001, pp. 629 y 630.

dos que se integraban a la unión preexistían al momento de promulgarse el texto, como sucedió en Estados Unidos. Sus autores imitaron el modelo norteamericano en distintos capítulos.²³

No obstante, nadie niega la enorme aportación a la historiografía mexicana y al estudio del federalismo de la profesora Nettie Lee Benson, en su tan destacado trabajo sobre *La diputación provincial y el federalismo mexicano*. En el conciso prefacio a la monumental obra, su autora señala que hasta el momento de la publicación de su trabajo (1955), quienes se oponían al sistema federal mexicano sostuvieron que era algo ajeno a la cultura institucional y gubernativa del país que “imponía una descentralización artificial”. Sin embargo, su obra demuestra cómo la descentralización no fue artificial, sino que se desarrolló aceleradamente bajo la Constitución gaditana de 1812. En su prefacio, la profesora Benson cita nada menos que a Lucas Alamán, el bastión del centralismo, quien afirmó en su célebre *Historia de México* que las diputaciones provinciales fueron el antecedente natural del federalismo.²⁴

Si bien el origen pudiera estar en las diputaciones provinciales, defendidas por los diputados novohispanos, como Miguel Ramos Arizpe que logró la aprobación de las juntas gubernativas que se conocerían como “diputaciones provinciales”, el federalismo mexicano fue desarrollándose por una vía propia. En los debates de Cádiz, otro diputado novohispano, José Miguel Guridi y Alcocer, propuso entonces el sistema federal como la única forma política. Es atendible la tesis de Benson de que existía una semilla federalista en las diputaciones provinciales, no obstante las condiciones en que apareció en Estados Unidos, como la fórmula para resolver la pugna entre las regiones y la unidad nacional, no tienen nada que ver con la decisión contenida en el Acta Constitutiva.

El maestro Felipe Tena Ramírez resuelve el supuesto dilema al considerar que el federalismo se independizó del fenómeno histórico que

²³ Elisur Arteaga Nava, *El sistema federal mexicano. Apuntes para una teoría general*, México, Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 2013, p. 55.

²⁴ Nettie Lee Benson, *La diputación provincial y el federalismo mexicano*, 3a. ed., trad. de Mario A. Zamudio Vega, México, El Colegio de México, UNAM, Museo de las Constituciones, 2012.

le dio vida y se volvió autónomo “en la doctrina y la práctica constitucional”. Efectivamente, el federalismo centralizó poderes dispersos en Estados Unidos y descentralizó poderes unificados como ocurrió en México que tenía un sistema unitario.²⁵ La aspiración libertaria de las diputaciones provinciales y su sentido regionalista no impide que México haya imitado el sistema contenido en la Constitución norteamericana en el texto de 1824, para crear figuras constitucionales que se repitieron más adelante hasta llegar a la Constitución de 1917, como veremos en apartados siguientes.

No se puede negar la relevancia de la Constitución de Cádiz en la conformación del sistema constitucional mexicano, como tampoco puede soslayarse la notoria influencia de la Constitución norteamericana. En el Congreso Constituyente de Querétaro no hubo duda de que México asumiría un sistema federalista, esta convicción unánime es la que llevó a los constituyentes a aprobar el artículo 40 en los términos del proyecto.²⁶ La Comisión encargada del estudio y dictamen de dicho precepto refirió que personas de cierta ilustración dicen que “el federalismo entre nosotros es una institución que por ser imitada del régimen político de Estados Unidos de Norteamérica, es artificial: que como antecedente histórico, la colonia de Nueva España formaba un régimen central sin entidades políticas independientes. Las cuales fueron creadas por la Constitución federal de 1824”. La Comisión señaló que a estas críticas contestaría con el argumento de un distinguido publicista mexicano.²⁷

La Comisión se sustentó en ideas del ilustre Emilio Rabasa para aseverar que el sistema federal no tiene un solo origen y que estos pueden ser históricamente diversos.²⁸ El artículo 40 del Proyecto de Constitución propuesto por Venustiano Carranza no tuvo discusión y se aprobó en forma unánime: “Artículo 40. Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática fe-

²⁵ Felipe Tena Ramírez, *op. cit.*, p. 108.

²⁶ Ignacio Burgoa, “La evolución de la idea federalista...”, *cit.*, pp. 180 y 181.

²⁷ Diario de los Debates del Congreso Constituyente, México, Imprenta de la Cámara de Diputados, 1922, t. I, pp. 672 y 673.

²⁸ *Cfr.* Emilio Rabasa, *La Constitución y la dictadura*, 6a. ed., México, Porrúa, 1982, pp. 73 y 74.

deral, 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”.

Este artículo sufrió una modificación reciente para agregar la palabra laica.²⁹ Esta mención no existe en la Constitución norteamericana, en donde el tema de la libertad religiosa y la separación de la Iglesia y el Estado ha sido decantada por la Suprema Corte de Justicia de ese país en distintas resoluciones a lo largo de su historia.³⁰

Otra nota que acredita la influencia estadounidense en la Carta de Querétaro es la llamada intervención ejecutiva que se plasmó en la Constitución de Filadelfia.³¹ La intervención ejecutiva tiene una doble vía: cuando el territorio es invadido por una potencia extranjera, y la segunda cuando exista un conflicto interno que los poderes estatales no puedan enfrentar.³²

LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

Para resolver el absurdo de dos o más soberanos actuando al mismo tiempo sobre los mismos asuntos y en el mismo lugar, los constituyentes de 1787 tuvieron una solución mágica que permitió a Estados Unidos sobrevivir los intentos de secesión. La fórmula ha sido clave en las no pocas disputas entre los estados y el poder federal. La receta se descubrió en los debates de Filadelfia, y después, en 1791, al incorporarse las enmiendas conocidas como la Carta de Derechos, el *Bill of Rights*.³³ La Décima Enmienda fue la última del paquete de derechos que se consideró necesario incorporar.

²⁹ *Diario Oficial de la Federación* del 30 de noviembre de 2012.

³⁰ Véase Mario Melgar Adalid, *La Suprema Corte de Estados Unidos, claroscuro de la justicia*, México, Porrúa, 2012, capítulo VI.

³¹ Artículo IV, sección 4, de la Constitución de Estados Unidos de América.

³² Artículo 119, primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

³³ “Los poderes que la Constitución no delega a los Estados Unidos ni prohíbe a los Estados quedan reservados a los Estados o al pueblo” (*The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the states, are reserved to the states respectively, or to the people*).

No obstante la Enmienda X es una respuesta de los estados para arrinconar al federalismo y evitar su preeminencia sobre los estados. Su propósito no fue solamente fijar una línea divisoria entre las facultades federales y las que corresponden a los estados, sino construir un dique para evitar la expansión de las facultades del gobierno nacional. Los tratadistas norteamericanos estiman que esta fue la razón por la que la asamblea de Filadelfia rechazó los Artículos de Confederación que establecían que todos los poderes que no estuvieran expresamente delegados al Gobierno federal se entenderían reservados a los estados.³⁴

En México, la Constitución de 1824 que adoptó el sistema federal no reparó en establecer una fórmula para distribuir las competencias de los regímenes coextensos federal y estatal. La explicación es que no existía una conciencia de la soberanía de los estados, como era el caso de los estados que concurrieron a Filadelfia en Estados Unidos. Esa idea de soberanía estatal estuvo presente en los trabajos de las convenciones estadounidenses que produjeron, primero los Artículos de Confederación, más adelante la Constitución de Filadelfia de 1787, y después el *Bill of Rights*, con la Enmienda X.

La solución contenida en la Enmienda X no se produce hasta el primer proyecto de Constitución Política de la República Mexicana de 25 de agosto de 1842: “Todas las atribuciones y facultades que se otorgan específicamente al Congreso, Poder Ejecutivo y Suprema Corte de Justicia se entenderán reservadas a los departamentos”. La fórmula se repite, según lo refiere José María Serna de la Garza, en el artículo 71 del segundo proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, de 2 de noviembre de 1842.³⁵ El principio se consagró en la Constitución de 1857 y más adelante en la Constitución de Querétaro. Tuvo la influencia de Mariano Otero que se pronunció por un sistema rígido de distribución de facultades, como el que contempla la Constitución norteamericana. Para Otero, menciona Serna de la Garza, los poderes de la Unión derivan todos de la Constitución y se limitan “sólo al ejer-

³⁴ Jethro K. Lieberman, *A Practical Companion to the Constitution*, The University of California Press, 1999, pp. 505 y 506.

³⁵ José María Serna de la Garza, *El sistema federal mexicano, un análisis jurídico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 59 y 60.

cicio de las facultades expresamente designadas en ella misma, sin que se entiendan permitidas por otras por falta de expresa restricción”.³⁶

La Décima Enmienda de la Constitución de Estados Unidos y el artículo 124 de la Constitución de 1917 vigente están sustentadas en el mismo principio. En México, el Gobierno federal está limitado en sus facultades, como es evidente si se revisan las facultades del Congreso contenidas en el artículo 73, así como las facultades conferidas al presidente de la República, al Poder Judicial federal, o algunas otras otorgadas al Gobierno federal contenidas en otros preceptos constitucionales. Los estados tienen una competencia residual: conservan los poderes y facultades que no han sido conferidos expresamente al Gobierno federal. Existen dos excepciones a esta regla contenida en las leyes generales y en las llamadas facultades concurrentes. La Suprema Corte mexicana ha precisado que las leyes generales son cuerpos legislativos expedidos por el Congreso de la Unión para regular no solamente cuestiones federales, sino cuestiones “generales” que pueden incluir asuntos estatales y municipales. Las facultades concurrentes son poderes otorgados al Congreso para definir algún asunto particular, y precisar en qué medida los estados o municipios pueden participar en asuntos de salud, educación, protección civil, ecología y otros.

La Suprema Corte mexicana ha señalado que las leyes federales no tienen una jerarquía distinta respecto de las leyes estatales, sino competencias “determinadas por la Constitución”. En efecto, existen materias en que los estados pueden legislar, como también lo puede hacer el Congreso de la Unión.³⁷

Los tres principios que la doctrina reconoce en cuanto al sistema de distribución de competencias son: (i) la distribución es un asunto constitucional, no puede modificarse por leyes ordinarias, (ii) la transgresión al esquema deriva en un conflicto constitucional, (iii) al llevarse el asunto a la jurisdicción constitucional, la fórmula puede cambiar, con lo que convierte el asunto en algo muy complicado.

³⁶ Mariano Otero; voto particular al Acta Constitutiva y de Reformas de 1847; 4 de abril de 1847.

³⁷ Tesis de jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. VII, marzo de 1991, p. 56.

En cuanto a la personalidad internacional de los estados federados, la figura de Jano, como el “dos caras”, es útil para entender que el Estado federal ofrece al exterior una faz unitaria y centralizada, con una personalidad internacional única. Es igual a cualquier Estado soberano. La descentralización hacia el interior no significa ningún cambio de la percepción que deban tener las demás naciones: un Estado federal es único, soberano, central frente a los demás estados soberanos. En este aspecto, la solución de México es igual a la que siguió Estados Unidos.

EL RÉGIMEN PRESIDENCIAL

¿Cuáles son las influencias recibidas por el constitucionalismo mexicano a lo largo de su historia respecto a la institución presidencial? Jorge Carpizo lo resuelve de manera directa al precisar que las fuentes del sistema configurado en la Constitución de 1824, son la Constitución norteamericana de 1787 y la Constitución Española de 1812 (Cádiz). Lo afirma de esta manera: “No niego la influencia de la Constitución Española, pero en forma desapasionada tampoco es posible negar la influencia norteamericana, ya que salta a la vista”.³⁸ Naturalmente que el sistema presidencial instaurado en 1812 dista mucho del sistema que México se fue dando a lo largo de la historia, en que se interpuso otro texto constitucional como el de 1857. La agitada vida política de México y la natural búsqueda de instituciones que contribuyeran al bienestar y desarrollo nacionales configuró un sistema presidencialista modificado, que apenas y refleja el que contenía el Acta Constitutiva de la Nación Mexicana inicialmente, y después la Constitución de 1824. Para 1917, dadas las condiciones de inestabilidad generada por la lucha revolucionaria, México tenía la necesidad política de contar con un Ejecutivo fuerte, por lo que refrendó el sistema presidencialista.

Para entender el papel del presidencialismo mexicano es de enorme utilidad la obra de Jorge Carpizo, probablemente el autor que mejor ha expuesto el papel de esta figura en la vida política y jurídica de México. Su obra permite entender que la institución presidencial mexicana es la que ha sufrido notables transformaciones. Una de las aportaciones

³⁸ Jorge Carpizo, *op. cit.*, p. 42.

al análisis de la figura presidencial mexicana es la de las “facultades metaconstitucionales” del presidente. Sería muy conveniente que se produjera un trabajo que hiciera el análisis comparativo del Estado de estas facultades no escritas en el texto cuando apareció la primera edición del libro de Carpizo en 1978, con las que actualmente dispone el presidente.³⁹

De la misma manera, en nuestro tiempo, la figura presidencial de Estados Unidos tiene frente a sí un panorama constitucional muy diferente al que tuvieron los primeros presidentes en los últimos años del siglo XVIII y primeros del siglo XIX. Por señalar una sola circunstancia, para no hablar del papel que ahora juega Estados Unidos en el mundo como la primera potencia económica y militar del mundo, la actuación de la Suprema Corte de ese país en asuntos que tocan la función presidencial hace que muchas veces tenga que circunscribir su actuación a las decisiones de la Corte. Esto último empieza a ocurrir en México, con la Suprema Corte de Justicia en su nuevo temperamento como tribunal constitucional, y el presidente ya no dispone de todas esas facultades metaconstitucionales que lo distinguieron en la segunda mitad del siglo XX.

Esta sujeción a las determinaciones de otro poder no es automática, pero es evidente que al darse, se generan claras tensiones en el sistema político estadounidense respecto a la función presidencial, no tan sólo con el Poder Judicial federal, sino acaso más señaladamente con el Poder Legislativo. Durante la gestión del presidente George W. Bush, se privilegió el carácter unitario del Poder Ejecutivo, como declarar unilateralmente la guerra, espiar a los ciudadanos y ordenar detenciones arbitrarias, practicar la tortura y no observar la Carta de Derechos. Contrario a esta postura, la posición del presidente Barack Obama ha sido la de modificar el criterio de interpretación judicial conservador, apegado al texto original, al presentar una visión más cercana a un mundo cambiante, afín a la teoría de la interpretación constitucional que sigue la idea de una Constitución viva. No obstante, el presidente

³⁹ Daniel Márquez, “Fenomenología, presidencialismo mexicano y facultades metaconstitucionales”, en Miguel Carbonell *et al.* (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional*, México, UNAM, 2015, t. IV, v. 2, pp. 289-315.

estadounidense al no encontrar vías democráticas para llevar adelante algunas políticas públicas, tales como la reforma al sistema de salud o la cuestión migratoria, optó por expedir órdenes ejecutivas que el Partido Republicano ha cuestionado y llevado al terreno judicial federal para constatar su constitucionalidad.

Finalmente, el Ejecutivo federal en ese país debe atender temas muy controversiales, algunos que son comunes a las democracias occidentales y consecuentemente también a México: aborto, eutanasia, discriminación racial, pena capital, calentamiento global, matrimonio homosexual, religión y separación del Estado y la Iglesia, sistemas de salud, libertad de expresión y la prisión de Guantánamo.⁴⁰ En algunos temas, el presidente ha podido avanzar, en otros ha encontrado la oposición del Congreso, y en otros más ha tenido que llegar a la Suprema Corte que ha definido los criterios constitucionales aplicables.

Un elemento crucial en la institución presidencial es que al contrario de los poderes Legislativo y Judicial, depositados en numerosas personas, el Ejecutivo mexicano, como ha sido el Ejecutivo de Estados Unidos, es unipersonal. La idea de ejecutivos colegiados estuvo presente en la historia política mexicana desde el nacimiento del país. En Estados Unidos, durante la Convención de Filadelfia, tuvieron la idea de un ejecutivo colegiado, aunque la propuesta fue desechada. En México se dio la misma solución colegiada en las deliberaciones de 1824, misma que también fue descartada. Las crónicas de estos episodios y las propuestas de los constituyentes reflejan una gran imaginación política y el intento por controlar al Ejecutivo, y no dejar sólo en sus manos el destino de toda una nación.

Algunas de las notas del sistema presidencial mexicano comparten las mismas del sistema estadounidense en cuanto al presidencialismo. El Poder Ejecutivo está depositado, en ambos sistemas, en una sola persona que es, como presidente, al mismo tiempo jefe de Estado y jefe de gobierno. El presidente es electo por el pueblo, de manera indirecta en Estados Unidos, de manera directa en México, y no por el Poder

⁴⁰ Geraldina González de la Vega, “La importancia de la presidencia de Barack Obama”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 21, julio-diciembre de 2009, p. 424.

Legislativo, el presidente nombra y remueve libremente a los secretarios de Estado, el presidente no es responsable políticamente ante el Congreso, como tampoco lo son los secretarios de Estado. Ambos son inamovibles durante su encargo, salvo *impeachment* en Estados Unidos o juicio político en México.

LA VICEPRESIDENCIA

México tomó para sí en 1824 la institución presidencial impuesta por la Constitución de Estados Unidos. Al hacerlo, agregó el lastre de la vicepresidencia que tuvo fatales consecuencias para el sistema constitucional mexicano. En la fórmula original de la Constitución de 1787, el vicepresidente jugaría un papel crucial, pues era previsible que George Washington, el primer presidente de Estados Unidos, se retiraría después de jurar el cargo, y el vicepresidente ocuparía la titularidad del Poder Ejecutivo. Se trataba de una coyuntura particular, y además al vicepresidente se le caracterizó como “el igual del presidente”, en tanto había sido votado para presidente. La circunstancia es que el vicepresidente provenía de un partido distinto al del presidente ganador en los comicios, y con ese cargo se convertía automáticamente en el sucesor natural del presidente en funciones, y consecuentemente en la segunda figura política del país. En las dos primeras presidencias de Estados Unidos, el vicepresidente accedió al cargo. A George Washington lo sustituyó John Adams, el primer vicepresidente, y a éste Thomas Jefferson, el segundo vicepresidente. La figura de la vicepresidencia derivaba en ese país de lo que establecía la Constitución. El presidente era, como resulta evidente, el vencedor de los comicios, y el vicepresidente quien hubiera ocupado el segundo lugar en la elección presidencial.⁴¹

Pronto se dieron cuenta que el sistema era un despropósito político por las expectativas que generaba en el vicepresidente la posibilidad inmediata de ocupar la presidencia a la falta del presidente. Esto determinó que el sistema se modificara mediante la Décima Segunda Enmienda, aprobada por el Congreso en 1803 y ratificada con su promulgación el 25 de septiembre de 1804. En México, veinte años

⁴¹ Artículo 2o., sección I, de la Constitución de Estados Unidos de América.

después, el Constituyente mexicano trasladó el sistema derogado y lo estableció en México. Los conflictos entre vicepresidente y presidente, de bandos políticos enfrentados no tardaron en aparecer.

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.⁴²

Los constituyentes de 1857, advertidos por la historia de los graves problemas que trajo consigo la institución vicepresidencial, cancelaron la fórmula, como también lo hicieron los constituyentes reunidos en Querétaro en la segunda década del siglo XIX. Los Constituyentes de Querétaro establecieron, como lo hace la Constitución norteamericana, que el periodo presidencial fuera de cuatro años, con la diferencia de que la reelección quedaría prohibida, como lo anuncia el lema revolucionario: “Sufragio efectivo, no reelección”. En 1928 una reforma constitucional amplió el término a seis años.⁴³

LOS SISTEMAS JUDICIALES, APROXIMACIONES Y DISTANCIAS⁴⁴

Como hemos observado a lo largo de este ensayo, México recibió desde su independencia la influencia parcial de la Constitución de Estados Unidos. Además de las formas de organización política: federalismo, distribución de competencias, sistema presidencialista, sistema republicano y democrático, división de poderes, sistema de pesos y contrapesos; la Constitución estadounidense también influyó, en cierta manera,

⁴² Melgar Adalid Mario, “Nuevas reglas para la suplencia presidencial”, *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional*, México, UNAM, 2015, t. IV, v. 2, p. 350.

⁴³ *Diario Oficial de la Federación* del 24 de enero de 1928.

⁴⁴ Este apartado sigue en alguna medida el capítulo X del libro de Mario Melgar Adalid, *La Suprema Corte de Estados Unidos...*, cit., pp. 305-345.

en la estructura de la organización judicial mexicana, particularmente en la esfera federal. No es fortuito que la estructura formal y la nomenclatura de los órganos jurisdiccionales mexicanos siga a la de Estados Unidos. El artículo constitucional correspondiente a la organización judicial de la Constitución de 1824 estableció que los órganos del Poder Judicial de la Federación serían la Suprema Corte de Justicia, los tribunales de circuito y los juzgados de distrito. Esta denominación la siguieron las Constituciones de 1857 y la centenaria vigente de 1917.⁴⁵

Cuando se expidió la Constitución de 1857, se encomendó al Poder Judicial la facultad de interpretar la Constitución, siguiendo el modelo estadounidense. El Constituyente aprobó el artículo 126 de la Constitución de 1857, disposición que deriva del segundo inciso del artículo VI de la Constitución estadounidense. Más adelante, en los debates de la Constitución de 1917, el proyecto del jefe del Ejército Constitucionalista, Venustiano Carranza, no contenía el precepto, por lo que la Comisión de Constitución decidió incluirlo, sin que se hubiera presentado oposición de la Asamblea que lo aprobó en forma unánime. El artículo se ha reformado en tres ocasiones, pero se ha mantenido la llamada cláusula de supremacía del federalismo que llevaría a un sistema semiconcentrado o difuso de control constitucional. A pesar de que la Suprema Corte ha sostenido en jurisprudencias que únicamente corresponde a ese órgano el control constitucional de las leyes, la tendencia, a partir de la reforma judicial de 1995, es que la Suprema Corte se convierta en un Tribunal Constitucional. La tendencia ha llevado a la Suprema Corte de Justicia mexicana a acercarse más a la Suprema Corte de Estados Unidos que a un Tribunal Constitucional de control concentrado, como los órganos especializados que existen en Europa.⁴⁶

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha especializado en la justicia constitucional, y se ha asumido de hecho, como lo planteó hace tiempo el maestro Héctor Fix-Zamudio, como un Tribunal Constitu-

⁴⁵ Artículo 94 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁴⁶ Desde la reforma judicial de 1995, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha hecho un esfuerzo de comunicación social para que el público la conceptualice como un “tribunal constitucional”. Cfr. Mario, Melgar Adalid, “Hacia un auténtico tribunal constitucional”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 11, julio-diciembre de 2004, pp. 133-155.

cional.⁴⁷ La afirmación del maestro Fix-Zamudio, hecha años antes, de la reforma constitucional de 1995 que confirió a la Suprema Corte de Justicia facultades en materia de acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales, resultó un acertado pronóstico. En efecto, la Suprema Corte mexicana, con algunos rasgos que no son propios de los tribunales constitucionales, es un tribunal constitucional *sui generis*.

Naturalmente que, además de la influencia norteamericana, el sistema judicial mexicano recibió la influencia del derecho español. Una de tales influencias es la creación de un Consejo de la Judicatura Federal, impulsado doctrinariamente por el mismo profesor Fix-Zamudio, y un Consejo de la Judicatura del Distrito Federal (ahora Ciudad de México) al que han seguido la creación de consejos de judicatura en los estados del país. El sistema norteamericano no contempla la figura de consejos de judicatura como órganos de disciplina, vigilancia y administración del Poder Judicial, sino que ese país optó por vías administrativas.⁴⁸

El Constituyente Permanente mexicano tomó al Consejo de la Magistratura español como modelo para la creación del Consejo de la Judicatura Federal. Si bien con algunas diferencias, como la relativa a la presidencia del consejo aludido y la presidencia del Tribunal Supremo.⁴⁹ En ese país existen el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. Una característica central de la estructura y funciones del Tribunal Constitucional español es que la jurisdicción constitucional es de naturaleza concentrada.

En el sistema de jurisdicción constitucional español sólo el Tribunal Constitucional puede declarar la inconstitucionalidad de las normas con fuerza legal. Esto lo hace diferente del sistema de control difuso de la constitucionalidad o *judicial review* como el que se utiliza

⁴⁷ Héctor Fix-Zamudio, “La independencia judicial en el ordenamiento mexicano”, en James Frank Smith (coord.), *Derecho constitucional comparado México-Estados Unidos*, trad. de Harcourt H. Stebbins, México, Universidad de California, Davis-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1990, t. 1, p. 92.

⁴⁸ Véase Mario Melgar Adalid *et al.*, *The Federal Judicial Systems of the United States of America and the United Mexican States*, Virginia-México, Federal Judicial Center-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

⁴⁹ Artículos 53 y 107 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de España. El Consejo General del Poder Judicial nombra a su presidente que es el presidente del Tribunal Supremo.

en los Estados Unidos. México optó, desde 1857, por seguir el texto del artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos. Dicho precepto que establece la Cláusula de la Supremacía Federal, en su segundo inciso consigna: “Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que se expidan de conformidad con ella; y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la Ley Suprema en los Estados Unidos; y los jueces en cada Estado estarán obligados a acatarla sin importar cualquier contravención establecida en la Constitución o leyes estatales”.

Durante las sesiones del Constituyente de Querétaro, la Comisión de Constitución se percató de que el proyecto presentado por Venustiano Carranza a la Asamblea había omitido la disposición contenida en la Constitución de 1857, por lo que decidió incluirlo. El Dictamen señaló lo siguiente, que no deja dudas sobre la influencia determinante del precepto estadounidense:

Más importante aún es el artículo 123 [*sic*] de la Constitución de 1857, también suprimido en el proyecto, que establece la supremacía de la ley constitucional, de las leyes emanadas de ésta y de los tratados hechos por el Ejecutivo con aprobación del Congreso. La ley americana, en un precepto análogo, hace uso de la expresión enérgica diciendo que leyes como éstas son la ley suprema de la tierra. Así es entre nosotros también, y el artículo suprimido, además de esa grandiosa declaración, constituye la salvaguardia del Pacto federal y su lugar preferente respecto de las Constituciones locales, pues autoriza a los jueces a ceñirse a aquél, a pesar de disposiciones en contrario que pueda haber en éstas: “La comisión ha recogido el artículo y se ha permitido incluirlo en el número 132”.

El artículo 132 del proyecto (ahora 133) fue presentado a la Asamblea Constituyente por la Comisión de Constitución, y sometido a voto fue aprobado por unanimidad de 154 votos con el siguiente texto:

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella, y todos los tratados hechos y que se hicieren por el presidente de la República, con aprobación del Congreso, serán la Ley Suprema de la toda la Unión. Los jueces de cada estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los estados.

Este artículo fue modificado en dos ocasiones, una de ellas en 1934, para cambiar la redacción de los “tratados hechos” por una más técnica: “celebrados y que se celebren”. Otra reforma fue para dejar establecido que los tratados deben ser sometidos a la aprobación, no del Congreso, sino de la Cámara de Senadores, y una más para agregar que los tratados deben “estar de acuerdo con” la Constitución para ser considerados como ley suprema.

El último párrafo del artículo 133 ha sido considerado por algunos expertos (Alonso Gómez-Robledo) como “dislocador” del sistema. Según este texto una declaración de inconstitucionalidad puede ser llevada a cabo por los órganos de los poderes judiciales locales. No obstante, la Suprema Corte de Justicia de la Nación había sostenido que únicamente los órganos del Poder Judicial federal, a través del amparo, pueden revisar la constitucionalidad de una ley. Esto es efectivamente cierto, sólo el Poder Judicial federal tiene la competencia para examinar la constitucionalidad de las leyes en los juicios de amparo; sin embargo, los jueces locales no conocen de la constitucionalidad, pero sí tienen que decidir el derecho que debe aplicarse al caso concreto que les ha sido presentado.⁵⁰

La influencia constitucional europea (Kelsen) surgió en el siglo XX con la conformación de tribunales constitucionales especiales. No obstante, en México, antes de la aparición de esta figura, el sistema judicial mexicano había recibido la influencia del sistema norteamericano. El maestro Héctor Fix-Zamudio describe aspectos de la trascendencia de la Constitución Federal de los Estados Unidos de Filadelfia en 1787, respecto a la carta mexicana, en cuanto a instituciones procesales que tutelan derechos humanos, particularmente el juicio de amparo, que concentró instrumentos inspirados en el derecho angloamericano como el *habeas corpus* y la revisión judicial.⁵¹ Si bien estos

⁵⁰ Alonso Gómez-Robledo Verduzco, “Comentario al artículo 133 constitucional”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Poder Judicial de la Federación-Consejo de la Judicatura Federal, 1997, t. II, pp. 1389-1392.

⁵¹ Héctor Fix-Zamudio, “Algunos aspectos de la influencia del constitucionalismo de los Estados Unidos en la protección de los derechos humanos en el ordenamiento mexicano”, en James Frank Smith (coord.), *Derecho constitucional comparado México-Estados Unidos*, trad. de Harcourt H. Stebbins, México, Universidad de California, Davis-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1990, t. 1, pp. 133-150.

elementos estadounidenses impactaron el derecho mexicano, la añeja tradición española también ejerció su influencia para generar instituciones propias que impidieron ajustarse totalmente a uno de los dos modelos. Podría decirse que el derecho mexicano pisa con un pie la tradición romano-canónica y con el otro el constitucionalismo estadounidense.

En el Acta Constitutiva de la Federación, prolegómeno de la Constitución de 1824, se consignó que el Poder Judicial federal se ejercería por una Corte Suprema de Justicia.⁵² En la Constitución de 1824 se señaló que el Poder Judicial de la Federación se depositaba en una Suprema Corte de Justicia, en los tribunales de circuito y en los juzgados de distrito.⁵³ Con base en un trasplante legal, México adoptó el sistema norteamericano de organización jurisdiccional a través de circuitos y distritos para sus tribunales y juzgados federales. Fue la Ley Judicial Federal de Estados Unidos de 1789, la que sirvió de modelo a los legisladores mexicanos para adoptar esta división que formalmente subsiste hasta nuestros días.⁵⁴ El origen fue el sistema norteamericano, pero el desarrollo fue diferente. En Estados Unidos subsiste una doble jurisdicción federal y estatal a través de los sistemas judiciales estatales que resuelven las controversias sobre aplicación de leyes estatales, llegando a la cúspide judicial en las supremas cortes estatales. En México, la tendencia ha sido hacia una centralización y federalización de la justicia con la desnaturalización del juicio de amparo, lo que ha llevado a los tribunales federales a conocer prácticamente todos los asuntos judiciales del país, centralización que es una aberración del sistema federal impuesto por la Constitución mexicana.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se había apartado del modelo estadounidense al convertirse en un tribunal nacional de casación, si bien en la última mitad del siglo XX volvió a acercarse al modelo estadounidense con las reformas de 1968, 1983, 1984, y particularmente con la reforma de 1995, cuando se le otorgó competencia para conocer cuestiones de constitucionalidad, en un giro hacia

⁵² Artículo 18 del Acta Constitutiva de la Federación.

⁵³ Artículo 123.

⁵⁴ Héctor Fix-Zamudio, "Algunos aspectos de la influencia del constitucionalismo de los Estados Unidos...", *cit.*, p. 380.

un tribunal constitucional. En específico, las reformas para conferirle facultades en materia de controversias constitucionales y las llamadas acciones de inconstitucionalidad. En este sentido, la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011 es un paso franco a la consolidación del control semidifuso de la constitucionalidad.

Una de las diferencias entre el *habeas corpus* federal de los Estados Unidos y el amparo mexicano es que si bien en Estados Unidos existe la posibilidad de acudir a los tribunales federales para combatir decisiones de los jueces locales, esto no se admite en todos los casos, pues se requiere que los asuntos sean trascendentes. Por el contrario, en México, el amparo llega a admitirse en una buena parte de los casos que atiende la justicia local, como señalé anteriormente.

Otra de las diferencias es la revisión judicial del sistema norteamericano y el amparo mexicano. En Estados Unidos, según Héctor Fix-Zamudio, existe una doble jurisdicción. Una de carácter local y otra federal, cada una de ellas con su competencia propia. Sólo en los supuestos en que se plantee una contradicción entre las disposiciones estatales con la Constitución federal se puede impugnar una resolución de los tribunales estatales ante los tribunales federales. En México, aun cuando en los textos legales se encuentre teóricamente tal posibilidad, la jurisdicción se ha unificado, centralizándose la justicia en virtud de la subordinación de los tribunales estatales a los federales por los amparos, pues la enorme mayoría de las resoluciones de los tribunales ordinarios estatales son impugnadas ante la justicia federal.⁵⁵

La Suprema Corte de Estados Unidos no fue creada, como en México, por la Constitución. La Constitución estadounidense señaló expresamente que el Poder Judicial se depositaría en una Suprema Corte y en tribunales de menor jerarquía, según lo estableciera y ordenará el Congreso.⁵⁶ En 1789, el Congreso legisló para crear a la Suprema Corte y definir su competencia. La ley estableció entonces que se integraría por cinco jueces asociados y un *Chief Justice*. El artículo II de la Constitución señala que habrá una corte suprema. De manera inci-

⁵⁵ *Ibidem*, p. 144.

⁵⁶ Artículo III, sección 1.

dental el artículo I, sección 3, menciona al *Chief Justice* al referirse al *impeachment* del presidente.⁵⁷

La Constitución de Estados Unidos no tiene disposiciones específicas sobre la organización de la Suprema Corte. Su integración, los regímenes personales y oficiales de sus integrantes, sus facultades y jurisdicciones están contenidas en la Ley Judicial de 1925 (*Judiciary Act*). Esta ley surgió después de la Primera Guerra Mundial con el propósito de dar a la Suprema Corte las facultades para que ella misma fijara su propia agenda, al seleccionar los casos que estimara debería conocer. La Suprema Corte tiene una jurisdicción absolutamente discrecional, es decir, ella misma determina los asuntos que debe atender, sin que medie solicitud de autoridad o persona alguna. La Suprema Corte selecciona anualmente ochenta de entre alrededor de ocho mil casos que se le presentan. El *Chief Justice* William Howard Taft, quien había sido presidente de los Estados Unidos (1909-1913) y el décimo *Chief Justice* en la historia de la Suprema Corte, fue el promotor de esta legislación que tenía como propósito final reformas de eficiencia administrativa. La Ley cambió radicalmente las funciones de la Corte, aumentó la separación entre el Congreso y los tribunales federales inferiores, incrementó las facultades de los tribunales de apelación, que se convirtieron en los órganos que resolverían el 98% de los asuntos en apelación, y aseguró la supremacía judicial. Otro efecto de esta Ley es que los tribunales de apelación alcanzaron autonomía respecto del Ejecutivo. Salvo esporádicas y selectivas visitas de supervisión a cargo de la Suprema Corte a los tribunales federales, se comportan de manera independiente.

La Ley de 1925 redujo drásticamente el número de asuntos en apelación que resolvería la Corte. Su función fue, a partir de entonces, más que la solución del caso concreto, si bien estaba contenida en la sentencia, la elaboración de instrumentos de política judicial, una función cuasi legislativa. Con esta Ley la Suprema Corte se transformó, de un cuerpo encargado de resolver errores cometidos por tribunales

⁵⁷ “El Senado tendrá la facultad exclusiva de juzgar sobre todos los casos de juicio político. Cuando se reúna con este propósito, sus miembros deberán actuar bajo juramento o bajo protesta. El presidente de la Suprema Corte de Justicia deberá presidir, cuando el presidente sea procesado”.

inferiores en litigios privados de carácter ordinario, en un Tribunal Constitucional que atendería asuntos de políticas públicas de importancia nacional, y ocasionalmente hasta de significación internacional.

La Suprema Corte de los Estados Unidos es un tribunal constitucional que se asume como ejemplo paradigmático del sistema de control constitucional difuso. La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha ido acercando a un modelo de tribunal constitucional de control semiconcentrado, más cercano al sistema estadounidense que al sistema de control concentrado que ejercen los tribunales europeos.

En el centenario de la Constitución que rige a México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación vive momentos de importancia y significación que los constituyentes de Querétaro hubieran aprobado plenamente. La cercanía de la Suprema Corte mexicana respecto de la Suprema Corte de Estados Unidos, así como las notas que las distinguen, no invalidan la importancia que ambas instituciones tienen para todos los órdenes de la vida social y política de los dos países, pero en cuanto a México, confirma que el sistema constitucional mexicano, construido en 1917 y posteriores reformas, efectivamente recibió la influencia de la Constitución de Filadelfia de 1787, pero de igual manera abrevó en la Constitución de Cádiz, y por encima de estas dos se integró por las aportaciones de los constitucionalistas mexicanos, patriotas a quienes rendimos homenaje en la celebración del Centenario de la Constitución de Querétaro de 1917.

FUENTES CONSULTADAS

Bibliográficas

- ARTEAGA NAVA, Elisur, *El sistema federal mexicano. Apuntes para una teoría general*, México, Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 2013.
- BENSON, Nettie Lee, *La diputación provincial y el federalismo mexicano*, 3a. ed., trad. de Mario A. ZAMUDIO VEGA, México, El Colegio de México, UNAM, Museo de las Constituciones, 2012.
- BURGOA, Ignacio, “La evolución de la idea federalista”, *México 50 años de revolución*, t. III: *La política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1961.
- CARPISO, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, 10a. ed., México, Siglo Veintiuno Editores, 1991.

- CUEVA, Mario de la, “La Constitución política”, *México 50 años de revolución*, t. III: *La política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1991.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor *et al.*, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999.
- , “Algunos aspectos de la influencia del constitucionalismo de los Estados Unidos en la protección de los derechos humanos en el ordenamiento mexicano”, en James Frank Smith (coord.), *Derecho constitucional comparado México-Estados Unidos*, trad. de Harcourt H. Stebbins, México, Universidad de California, Davis-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1990, t. 1.
- , “La independencia judicial en el ordenamiento mexicano”, en James Frank Smith (coord.), *Derecho constitucional comparado México-Estados Unidos*, trad. de Harcourt H. Stebbins, México, Universidad de California, Davis-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1990, t. 1.
- GAMAS TORRUCO, José, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 2001.
- GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, “Comentario al artículo 133 constitucional”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Poder Judicial de la Federación-Consejo de la Judicatura Federal, 1997, t. II.
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, *Constitución Federal de los Estados Unidos de América*, México, Tribunal de Poder Judicial de la Federación-UNAM, Instituto de Investigaciones Bibliográficas, 2013.
- HAMILTON, MADISON y JAY, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1957.
- LIEBERMAN, Jethro K., *A Practical Companion to the Constitution*, The University of California Press, 1999.
- MÁRQUEZ, Daniel, “Fenomenología, presidencialismo mexicano y facultades metaconstitucionales”, en Miguel Carbonell *et al.* (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional*, México, UNAM, 2015, t. IV, v. 2.
- MELGAR ADALID, Mario, “Estudio comparativo del Acta Constitutiva de la Federación Mexicana y de la Constitución de 1824”, *Obra jurídica mexicana*, México, Procuraduría General de la República-Gobierno del Estado de Guerrero, 1988.
- , *La Suprema Corte de Estados Unidos, claroscuro de la justicia*, México, Porrúa, 2012.

- *et al.*, *The Federal Judicial Systems of the United States of America and the United Mexican States*, Virginia-México, Federal Judicial Center-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.
- , “Nuevas reglas para la suplencia presidencial”, *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional*, México, UNAM, 2015, t. IV, v. 2.
- NIEMEYER, Víctor, “El Congreso Constituyente norteamericano de 1787 y el Congreso Constituyente de 1916-1917. Comparación y contraste”, en James Frank Smith (coord.), *Derecho constitucional comparado México-Estados Unidos*, trad. de Harcourt H. Stebbins, México, Universidad de California, Davis-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1990, t. 1.
- PAULSEN, Michael Stokes *et al.*, *The Constitution, an introduction*, Nueva York, Basic Books, 2015.
- RABASA, Emilio, *La Constitución y la dictadura*, 6a. ed., México, Porrúa, 1982.
- SERNA DE LA GARZA, José María, *El sistema federal mexicano, un análisis jurídico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.
- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 32a. ed., México, Porrúa, 1988.
- VILE, John R., “El proceso de enmendar la Constitución en los Estados Unidos de América: análisis y comparación con la experiencia mexicana”, en James Frank Smith (coord.), *Derecho constitucional comparado México-Estados Unidos*, trad. de Harcourt H. Stebbins, México, Universidad de California, Davis-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1990, t. 1.

Hemerográficas

- GONZÁLEZ DE LA VEGA, Geraldina, “La importancia de la presidencia de Barack Obama”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 21, julio-diciembre de 2009.
- MARTIN SHAPIRO, “Judicial Review Global”, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional, teoría general del derecho procesal constitucional. Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Marcial Pons, 2008, t. I.

550 • LA CONSTITUCIÓN DE ESTADOS UNIDOS...

ZAMORANO FARIAS, Raúl, “Modernidad, sociedad y constitucionalismo en América Latina”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 19, julio-diciembre de 2008.

Legislativas

Diario de los Debates del Congreso Constituyente, México, Imprenta de la Cámara de Diputados, 1922, t. I.



EL LEGADO DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917: LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN ITALIANA DE 1948

Luca Mezzetti*

LA NATURALEZA DE LOS DERECHOS SOCIALES

Afirmar la importancia de los derechos sociales significa mirar hacia atrás en los orígenes de su teoría y de su constitucionalización efectiva dentro de los Estados nacionales y en el contexto europeo y mundial. La idea de fondo que permea de por sí el proceso de formación del Estado social de derecho se concreta en la tesis por la cual los derechos sociales son derechos humanos fundamentales y para ser exigibles necesitan de dos condiciones estructurales: a) ser concebidos como “indivisibles”, respecto a los demás derechos fundamentales (civiles y políticos), y b) estar enraizados en un contexto, en un espacio social e institucional, también “multinivel”, en el que el Estado ejerce un papel decisivo, como regulador general y actuador de los mismos. Sin embargo, no se puede olvidar la complejidad de la historia de los derechos sociales, en la que los mismos han sido, en diversas ocasiones, el resultado de un conflicto. Según reconoce Pisarello, “siempre fueron logros precarios, no garantizados una vez por todas y siempre expuestos, en consecuencia, a un destino abierto de avance y retroceso”. Encontraron una firme oposición en la concepción ideológica liberal, que les negó la verdadera naturaleza de derechos subjetivos, relegándolos a ser simples intereses o “funciones” del Esta-

* Catedrático de Derecho constitucional, Universidad de Bolonia, Italia.

do de derecho, para después emerger al socaire de un cambio profundo en el tejido económico-productivo, como reclamaciones jurídicas universales del hombre-ciudadano, que afirmaban eficacia y justiciabilidad en el marco del Estado constitucional y social. En particular, más allá de las consideraciones ideológicas, el Estado del bienestar tradicional del siglo XX afirmó el postulado ético por el cual “definir el estatus cívico de un individuo en función de la suerte o mala suerte económica era una verdadera indecencia”.¹ Hoy esa instancia ética y social, co-esencial para la naturaleza propia de los derechos sociales, y que ha impulsado con su fuerza emancipadora hacia el pleno reconocimiento de los mismos, se absorbe, en el ámbito amplificado de la globalización, por una contrafuerza económica recesiva, lo que pone en discusión los fundamentos del Estado del bienestar tradicional, y exige una nueva reflexión sobre el estado conceptual de los derechos sociales. En una situación como la actual, dominada por la gran incertidumbre social y atravesada por una precariedad existencial donde “la nueva lex mercatoria se asume en Grundnorm internacional” serviría —como indicó Ferrajoli— “la restauración de la función del Estado en la esfera pública y su separación de la esfera privada contra las tendencias dominantes de la segunda respecto a la primera”. Bajo tal perfil, seguir preguntándose sobre la naturaleza de los derechos sociales, relanzando las finalidades de ellos, también en un escenario supranacional y global representa la tensión dirigida hacia un ideal de organización de las instituciones, basado sobre las causas de la incertidumbre social y para reconfigurar las formas de protección social, y dar mayor seguridad al trabajo y sus condiciones. Por otra parte, los derechos sociales, como ha afirmado Pisarello, si se configuran hoy como resultados adquiridos, ya que se presentan como reivindicación permanente,² y por tanto, exigen un esfuerzo de investigación continua. Preguntarse sobre los bienes y sobre los servicios públicos, sobre las formas de ciudadanía social, en una óptica no individualística o privatística, contribuye a reforzar una visión de la protección social como precondition esencial

¹ Judt, 2010, p. 22.

² G. Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, p. 203.

para que las personas puedan vivir una existencia libre y creativa, desarrollando su potencial y organizándose una vida significativa y a la altura de su igualitaria dignidad humana; y eso porque la democracia no es sólo expresión de la libertad, sino también ahondamiento de la dignidad humana en su pleno sentido. En los orígenes del Estado moderno (Estado liberal), los derechos sociales aparecieron como una categoría jurídica “incomprensible” en el ámbito cultural, social y político de la época. Las libertades civiles y políticas proclamadas en las Constituciones de los Estados liberales se basaron, en efecto, según los postulados del clásico individualismo liberal “sobre la idea de la libertad natural del individuo, sobre la idea de que la «persona» coincide bajo el perfil jurídico con el sujeto de voluntad que crea relaciones jurídicas a través de sus deseos”.³ Esta idea dada a luz y luego madurada en un contexto que ya no concibió al hombre como ser dependiente de un orden natural, como había ocurrido a lo largo de toda la Edad Media, pero que en cambio exaltó su capacidad de auto-determinación se acompañó a la consideración de que el papel principal del poder público tuviera que ser el de reconocer a los individuos una esfera relativamente amplia de libertad jurídica. Los derechos de libertad, en otras palabras, fueron concebidos como el instrumento para afirmar la presuposición del individuo respecto al Estado; con su reconocimiento cualquier interferencia con la esfera privada de los individuos, realizada por este último, habría tenido ahora que ser justificada y ponderada con intereses (los de los individuos mismos) que anteriormente estuvieron desprovistos de tutela jurídica. Resulta claro que en tal contexto, permeado por la exaltación ilustrada del principio de libertad-autonomía, no podía haber espacio para los “derechos sociales”: hipotizar una prestación social como objeto o contenido de un derecho subjetivo y, al mismo tiempo, configurar una pretensión o un poder dispositivo respecto al Estado contradecía los principios de fondo sobre que se apoyaba la entera construcción ideológica y jurídica. Esta construcción jurídica e ideológica no fue meramente el fruto de una abstracta elección política o de una arbitraria opción ideológica, sino reflejó un estado de hecho objetivo: las prestaciones de asistencia fueron erogadas por

³ A. Baldassarre, “Diritti sociali”, en *Enciclopedia giuridica*, Roma, XI, 1989, p. 1.

instituciones no públicas, como la familia u otras organizaciones privadas —normalmente religiosas— de caridad y de beneficencia, al punto de que se ha calificado correctamente, en referencia a ese periodo, de un sistema privado de asistencia “social”.⁴ En este marco de dominio privado faltaban todas las premisas para que las prestaciones de asistencia pudieran configurarse como objeto de un “derecho”. No debe asombrar, que valores distintos de la libertad y reconducibles; sin embargo, a la solidaridad y a la igualdad fueran tomados en consideración por las cartas constitucionales de la época sólo en casos aislados (por ejemplo, por la Constitución francesa de 1793) y, en cualquier caso, reconducidos a la categoría fluida y carente de efectividad de los deberes (unilaterales) de la sociedad con las categorías de ciudadanos particularmente necesitados. En este ámbito de referencia el reconocimiento de los derechos sociales y la institución de una organización constitucional que los asumiera como valores fundamentales (el Estado social) ha sido más el resultado de múltiples empujones, a menudo contrastantes, que la consecuencia de la acción política de un preciso movimiento político,⁵ o de la fuerza propositiva de una ideología. La exigencia de un gobierno público de la economía y una intervención regulativa de la ley representaron, en efecto, la concreta respuesta histórica al enorme proceso de industrialización de los medios de producción correspondiente a los órdenes jurídicos liberales del siglo XIX. Si la formulación y la tutela de los derechos de libertad —y en particular del derecho a la propiedad y la autonomía contractual— crearon un terreno favorable a la expansión económica, al mismo tiempo, en la segunda mitad del siglo XIX, los Estados europeos también tuvieron modo de conocer los efectos negativos que el sistema económico liberal llevó consigo: los desequilibrios producidos por parte del libre juego de las fuerzas sociales y de la incertidumbre innata en los mecanismos espontáneos del mercado; las consiguientes crisis cíclicas y el desarrollo de situaciones de enorme y generalizada miseria; la jerarquización universal de las relaciones de trabajo; y la reducción de la actividad laboral a mera mercancía de cambio.

⁴ *Idem.*

⁵ C. Schmitt, 1932, p. 169.

En resumen, se puso claro que “las ventajas económicas de un libre mercado no podían compensar la destrucción social que ello creó” y adquirió así mayor consenso la idea de introducir “una reglamentación de tipo nuevo con la que el trabajo fuera protegido y esta vez del propio mecanismo del mercado”.⁶ En los gobiernos nacionales se registró un gradual, pero decidido abandono de las direcciones políticas inspiradas al modelo liberal puro y una apertura a formas nuevas de intervención, conformes al interés que el poder público pudiera seguir contribuyendo a la creación de las condiciones ambientales por la libre realización de la persona humana, no obstante en un modo conforme al ya definitivamente cambiado contexto político, social y económico”.⁷ El proceso de formación y consolidación del Estado social, lejos del tener una particular señal ideológica, ha representado la respuesta en términos de modernización que de manera más o menos comprensiva, todos los viejos Estados liberales han provisto frente a dos fenómenos fundamentales: de un lado, la industrialización, con sus epifenómenos en términos sociales como el empobrecimiento de la nueva clase trabajadora, y del otro, la democratización de los procesos decisionales. Después de las primeras normativas de protección social introducidas en Francia, Alemania, Inglaterra, el primer acercamiento a la plena definición jurídica de los derechos sociales ocurrió con la Constitución alemana de la República de Weimar en 1919, singularmente considerada el modelo de las Constituciones del siglo XX. Efectivamente, la Constitución de Weimar fue la solemne enunciación en un documento dotado de autoridad legal suprema del modelo de Estado que habría sido llamado “democrático y social.” La Constitución alemana afirmó un sistema de protección social articulado sobre la base de tres principios directivos: en primer lugar, la sumisión de la actividad individual socialmente relevante a la finalidad del interés colectivo; en segundo lugar, la afirmación de una concepción sustancial de igualdad; en tercer lugar, la admisibilidad de intervenciones de los órganos públicos en función de la producción de bienes y servicios, como forma de promo-

⁶ K. Polanyi, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, Turín, Einaudi, 1974, p. 99.

⁷ E.W. Böckenförde, “I diritti sociali fondamentali nella struttura della Costituzione”, en *id.*, *Stato, Costituzione, Democrazia*, Milán, Giuffrè, 2006, p. 194.

ver por esta vía una más justa distribución de la riqueza entre las clases.⁸ A partir de Weimar, la doctrina y la teoría del derecho han intentado proporcionar una definición jurídicamente pertinente de los derechos sociales no como simple desarrollo de principios meramente políticos de justicia social y, sobre todo para valorar su posible convivencia con los principios fundamentales del Estado de derecho, poniendo de manifiesto la problemática relación entre “Estado de derecho liberal” y “Estado social de derecho”. En tal escenario se construye el axioma de una “tensión irresoluble” entre derechos liberales y derechos sociales que está a la base del argumento de la incompatibilidad entre estas dos figuras jurídicas. La impostación tradicional, en efecto, siempre ha considerado los derechos sociales como una categoría de “derechos cívicos”⁹ o de “derechos públicos de prestación”,¹⁰ diferenciándolos de los tradicionales derechos de libertad, ya que en comparación de estos últimos, aquéllos estarían condicionados por la intervención de la autoridad pública para satisfacer las exigencias esenciales de los ciudadanos.¹¹ Mientras los derechos civiles y políticos normalmente son considerados como “derechos negativos”, ya que sólo exigen que los gobiernos se abstengan de actos que pudieran limitarlos, los derechos sociales, económicos y culturales son considerados como “derechos positivos”, puesto que reclaman una intervención directa de parte de los gobiernos y no podrían encontrar realización sin tales acciones.¹² Por lo que se deduciría que una democracia liberal no parece capaz de desarrollar constitucionalmente principios de justicia. En tal sentido, se dirige la fuerte oposición ideológica a la idea de “derechos sociales” de Hayek, quien, a partir del argumento de la incompatibilidad estructural entre Estado liberal y principios de justicia social, considera cómo el reconocimiento de “derechos sociales” comportaría el predominio del derecho público sobre el privado por “reglas de organización impuestas por funcionarios públicos”. De ello deriva que es imposible imaginar los “derechos sociales” abstractamente definidos,

⁸ C. Mortati, 1946, pp. 59 y 60.

⁹ S. Romano, 1897, p. 111.

¹⁰ A. Baldassarre, “Diritti sociali...”, *cit.*, p. 1.

¹¹ N. Bobbio, 1990, p. 69.

¹² G. Corso, “I diritti sociali nella Costituzione italiana”, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, p. 757.

sin la individualización de las circunstancias y las personas sobre la que existe la obligación, a diferencia de lo que ocurre en un orden espontáneo, como es el de mercado. Y también admitiendo una definición concreta de tales circunstancias, “tenemos que considerar”, sustenta Hayek, “que la preservación de la libertad individual es incompatible con la plena satisfacción de nuestros puntos de vista sobre la justicia redistributiva.” “Todo el derecho es, en efecto, por su naturaleza egoísta”, según la tesis de Ripert, “en el sentido que es construido para satisfacer las exigencias personales del hombre”, y por consiguiente, “los derechos sociales no pueden tener las apariencias de derechos”. Por lo tanto, las normas relativas a los “derechos sociales” aparecen como proposiciones privas de un específico significado constitucional, en el sentido de que lejos de fundar reales derechos fundamentales, fueron entendidas como indicaciones o normas que sólo el legislador, sobre la base de la más plena sensatez, habría podido traducir en reglas normativas y en reales derechos, en derechos auténticos”.¹³ De forma contraria a los clásicos derechos de libertad, definidos como constitucionales y fundamentales en sentido propio, los derechos sociales serían desde esta visión, meros derechos legales o, lo que es lo mismo, posiciones configurables como derechos sólo por mandato de una ley ordinaria, no de la Constitución. Dentro de esta perspectiva: a) se niega que los derechos sociales puedan tener una inmediata tutela y una directa justiciabilidad; b) se cree que éstos, solamente con base en la intervención del legislador puedan tomar forma y traducirse en determinadas pretensiones jurídicas; c) no existe ningún instrumento jurídico capaz de obligar al legislador a adoptar determinadas medidas. Entre los intentos de “superar el abismo”, o bien de conciliar los derechos de libertad y los derechos sociales, se pueden recordar sea la teoría que concibe los derechos sociales como “intereses constitucionalmente protegidos” (Mortati, Crisafulli), sea aquella que identifica esencialmente los derechos sociales como “pretensiones dirigidas hacia el Estado en tutela de un status socialis positivus” (a partir de G. Jellinek). Sin embargo, aunque ambas visiones doctrinales hayan puesto las premisas para el reconocimiento de la ausencia de una heterogeneidad sustancial entre

¹³ A. Baldassarre, “Diritti sociali...”, *cit.*, p. 3.

derechos liberales y derechos sociales, estos últimos continúan siendo colocados en un plano inferior con respecto a los primeros, sea desde el perfil de su estatuto, legislativo y no constitucional, sea desde el perfil de su tutela y garantía. Uno de los principales argumentos normativos utilizado para negar la dignidad de los derechos constitucionales a los derechos positivos insiste sobre la afirmada falta de justiciabilidad, que caracterizaría en cambio todas las libertades negativas. Solamente las obligaciones derivadas de los derechos civiles y políticos tendrían la característica de ser precisamente definibles, y susceptibles de ejecución; al revés, los derechos sociales no podrían encontrar aplicación directa por parte de los jueces, sin que sea violado el principio de separación de los poderes, fundamento de la democracia, y que exige que sea el órgano expresión de la soberanía popular quien decida sobre la orientación de la política social.¹⁴ Los derechos sociales, en definitiva, no incluirían mandatos políticos irretractables, su objeto comprendería erogaciones discrecionalmente concedidas y no verdaderos y propios derechos, sino “derechos de papel”.¹⁵ Esta cuestión se encuentra relacionada íntimamente a la ulterior distinción de los derechos sobre la base del empleo de recursos (públicos).

Tradicionalmente se califican los derechos sociales como derechos a alto coste, a diferencia de los derechos civiles y políticos, que no costarían en cuanto se expresan esencialmente en una abstención del Estado y de las autoridades públicas. Se deduce que los derechos sociales no merecen la plena mención constitucional, en tanto que se manifestarían en situaciones no adecuadamente garantizadas, sino “meramente recomendadas”, que para ser satisfechas exigen complejas precondiciones económicas, administrativas y profesionales. En ausencia de tales precondiciones, su proclamación resultaría completamente ineficaz. No obstante, la asunción del “coste de los derechos” revela que una distinción ontológica, estructural, entre muchas figuras de derechos es en realidad completamente infundada y llama a la superación del argumento formal de la incompatibilidad. En efecto, en caso de que se considere las típicas libertades negativas (la libertad personal, la liber-

¹⁴ C. M. Herrera, *Les droits sociaux*, París, Puf, 2009, p.35.

¹⁵ R. Guastini, 1994, p. 170.

tad de domicilio, la propiedad privada), según una perspectiva analítica que dirige a encajar los derechos en su efectiva concretización, se puede observar como éstas implican ingentes intervenciones y costes públicos y asumen una específica dimensión institucional.¹⁶ La integridad física de los individuos, por ejemplo, no podría recibir adecuada garantía sin la predisposición de un complejo, y caro, aparato judicial. De hecho, se puede afirmar que cada derecho comporta una acción positiva del Estado e implica el empleo de recursos financieros; y entraría en la mera oportunidad política la decisión de reforzar las garantías (y los costes) de las libertades negativas o de los derechos positivos. Así, la diferencia en la exigibilidad (y por tanto, en la efectividad) no tiene que considerarse estructural o característica de una determinada categoría de derechos, sino que se relaciona básicamente con la decisión política, que confecciona la estructura jurídica de los derechos y permite que algunas pretensiones sobre “necesidades esenciales” o mínimas puedan ser realizadas jurídicamente.¹⁷ Dada tal premisa se deriva que a los jueces no se les reclama la creación ex nihilo de derechos sociales de prestación, o de un servicio público ad hoc (que conduciría, como se ha sostenido, a la violación del principio democrático), sino la corrección parcial o discriminatoria de un derecho social.¹⁸ Asumir esta perspectiva significa reconocer los derechos sociales como derechos fundamentales a pleno título, anulando la distancia entre las distintas figuras de los derechos dentro del espacio de la democracia y la ciudadanía activa. Eso implica la conceptualización —en clave normativa— de una conexión y recíproca implicación entre libertad e igualdad social, conexión que se abre a un peculiar concepto de libertad, una libertad entendida como liberación de determinadas formas de privación. Como escribe Bobbio, “se puede decir sintéticamente que la democracia tiene por fundamento el reconocimiento de los derechos de libertad y como forma natu-

¹⁶ T. Casadei, *I diritti sociali. Un percorso filosofico-giuridico*, Florencia, Firenze University Press, 2012, p. 47.

¹⁷ A. Rossetti, Los derechos sociales como derechos “de segunda”? Sobre las generaciones de derechos y la diferencia con los derechos “de primera”, en Espinoza de los Monteros, Ordóñez (eds.), *Los derechos sociales en el estado constitucional*, Valencia, 2013, p. 323.

¹⁸ V. Abramovich, y C. Courtis, *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, p. 44.

ral de completarse el reconocimiento del derecho social o justicia”, en cuanto “una democracia vital puede realizarse solamente en la medida en que la justicia social, antes que como ideal separado y absoluto, sea concebida como premisa necesaria y como gradual enriquecimiento de la libertad individual”.¹⁹ La llegada de la democracia en los Estados de origen liberal ha producido una profunda transformación del sentido de los valores básicos del sistema político-constitucional, conduciendo a la conciliación entre libertad e igualdad, asumidos como conceptos normativos de igual fuerza axiológica.

Fruto de un nuevo “constitucionalismo”, las democracias contemporáneas nacidas de las cenizas del segundo conflicto mundial representan la portada de un cambio sustancial y estructural de los órdenes socio-políticos, que se reflejan en la misma concepción de los derechos sociales. Las bases de un nuevo modelo social, denominado sucesivamente Welfare State, fue inaugurado en 1941 por el presidente Roosevelt, que abriendo el New Deal proclamó las “cuatro libertades”, entre las que se encontraba la libertad de la necesidad (freedom from want) y la libertad del miedo (freedom from fear). En particular, Roosevelt colocó al centro del National Resources Planning Board el principio de la igualdad de oportunidades económicas y reconoció como fundamentales “el derecho a un trabajo útil y productivo”, “el derecho a la educación” y “el derecho a una buena cobertura médica”. En Inglaterra este nuevo dibujo económico encontró su formulación teórico-política en las célebres relaciones de W. Beveridge de 1942 y 1944. La originalidad del punto de vista del teórico inglés ofrece una concepción universal de la “necesidad social”, que lejos de ser prerrogativa de sectores restringidos de la sociedad (pobres, y luego trabajadores) se dirige a todos los ciudadanos. La asistencia social se vuelve seguridad social. La universalización promovida por el Estado del bienestar favoreció la traducción de las políticas sociales en términos de pretensiones jurídicas de los individuos, y los derechos sociales se connotaron de una nueva dimensión objetiva. En efecto, si se mira al dato normativo, recipiente de tales cambios estructurales, y se acerca la lente a las Constituciones rígidas y a las cartas internacionales de la segunda posguerra, se obser-

¹⁹ P. Calamandrei, 1945, p. 47.

va que con respecto a la “tradición liberal” los derechos del hombre se han enriquecido de un *quid novi*, basado en el principio de la dignidad entendida como piedra angular del entero edificio constitucional. La dignidad humana en cuanto atributo fundamental de la persona, considerada tanto como valor ético-moral o espiritual, cuanto como ser incluido en la concreta existencia social, se vuelve raíz primera de los derechos de libertad civil y política y de los derechos sociales en el espacio de un orden democrático-pluralista. En esta visión, la formalización de los derechos sociales intenta unirse con el proceso democrático y con la diversidad de las situaciones humanas concretas que la persona tiene que vivir. El nuevo sujeto titular de los derechos ya no es el individuo —burgués, soberano absoluto de su espacio de autonomía—, sino la persona considerada en su vida íntimamente relacional —el *homme situé*—, cuya libertad reclama la consagración jurídica de una “necesidad”, que puede ser sólo satisfecha por una intervención activa del Estado.²⁰ En tal paso del individuo a la persona, el verdadero cambio afecta la ética que informa la unión social, una ética auténticamente nueva que de un lado exalta el “deber de pertenencia y solidaridad” con la sociedad y del otro, se basa en el concepto de dignidad humana.

Se vuelve crucial la consideración de los derechos en una lógica no meramente individual, sino relacional, de reciprocidad, constitutiva de la idea misma de los derechos: una declaración de derechos es, por reciprocidad, una declaración de deberes. Considerar aquella imprescindible relación que une a los hombres entre ellos y que funda la *societas* sobre bases diferentes del utilitarismo liberal, significa edificar el sistema democrático sobre la base de una concepción solidaria, que se abre a la afirmación del principio de igualdad sustancial, puesto al centro de la acción política del Estado. El reconocimiento de la igualdad, considerada como dignidad social en el fondo del “Estado de derecho material”, contribuye a aclarar que la base axiológica del valor de la dignidad humana no está ciertamente en la abstracta libertad formal del hombre, sino en la idea dinámica y concreta de la libertad igual. Si entendemos no la libertad como un principio estático, como la seguridad de un espacio individual protegida del albedrío del poder, sino como liber-

²⁰ Burdeau, 1973, p. 40.

tad activa que posee un contenido dinámico y propulsivo y se traduce en un proceso de liberación de los obstáculos que impiden el pleno desarrollo de las potencialidades individuales, entonces, dentro de tal dimensión de sentido que conjuga libertad e igualdad, se pone el fundamento del reconocimiento constitucional de los derechos sociales. En vez de una contraposición, que engendra incompatibilidad, se puede presuponer una recíproca y constitutiva implicación entre derechos sociales y derechos de libertad: la garantía de los derechos de libertad es condición para el buen funcionamiento de la democracia y un efectivo disfrute de los derechos civiles y políticos; la garantía de los derechos sociales es condición para el buen funcionamiento de la democracia, para un efectivo disfrute de las libertades civiles y políticas.²¹ A juicio de Laporta, los derechos sociales se presentan como “microcosmos”, cuyos miembros son “sub-derechos” en forma de libertad, derechos de prestación, derechos a un estatuto legal o derechos a bienes públicos en distintas proporciones. Se trata de los mismos derechos, civiles y políticos, que van adquiriendo perfiles y caracteres nuevos, incrementando su complejidad y apelándose a técnicas normativas cada vez más diversificantes. Se produce así un sistema de derechos orientado por su recíproco presuponerse que implica siempre una intervención por parte de las instituciones, y paralelamente sirve de instrumento de tutela de la seguridad y la independencia del ciudadano. De este modo, se abre la posibilidad de construcción de un nexo entre reconocimiento de los derechos sociales y concepción participativa y deliberativa de la política democrática: las instituciones políticas son llamadas a definir el estatuto de los derechos y también de los derechos sociales, y a ejercer el propio control sobre el coste económico y social inevitablemente conexas a su tutela y garantía.²² Los derechos sociales se traducen en el contenido de la “democracia social”, en el que las garantías primarias de los mismos consisten en “deberes positivos absolutos”; es decir, erga omnes a cargo de la esfera pública.²³ El Estado democrático es un Estado de distribución, en el sentido de que la distribución “natural” de los recursos ya

²¹ R. Alexy, 1996, p. 3.

²² T. Casadei, *I diritti sociali. Un percorso filosofico-giuridico*, Florencia, Firenze University Press, 2012, p. 52.

²³ L. Ferrajoli, 2007, p. 742.

no está considerada fuera del alcance de los poderes públicos. En otras palabras, el Estado adquiere, además de una función defensiva, una función activa: no es sólo garante de la libertad de los ciudadanos, sino a través de la legislación, un activo promotor del bienestar económico y social de una mayor igualdad social. El nuevo papel confiado a la esfera pública conduce a una plena reevaluación de los derechos sociales, según una dimensión objetiva (J. Castro), por la cual los mismos no tienen que ser analizados según el rendimiento que permiten deducir a priori, sino por el resultado que produce una intervención legislativa.²⁴ El Estado social se responsabiliza con la procuración existencial (Forsythoff), ocupándose de aquel espacio vital, formado por el conjunto de instrumentos y posibilidades de las que el ciudadano se sirve y que, en todo caso, pueden escapar de su control. Procuración existencial que, lejos de realizarse exclusivamente en instrumentos destinados a la tutela de las “clases económicamente débiles”, se dirige a la mayoría de los ciudadanos.²⁵ En tal modo se puede concebir una teoría constitucional basada sobre la promoción de los derechos sociales y una visión del sistema político en conjunto del ideal de la participación a la vida pública. El reconocimiento, la tutela constitucional y la promoción política de los derechos sociales son necesarios para realizar las condiciones para una auténtica ciudadanía: un orden que no reconoce el derecho a los individuos a un estándar mínimo de bienestar, o bien que lo hace en vía teórica, impide de hecho el ejercicio de todos aquellos derechos en que se soluciona la sustancia misma del estatus de ciudadanía: derechos sociales y ciudadanía social se vuelven a llamar recíprocamente. Concebir los derechos sociales dentro de una dimensión de ciudadanía activa conduce a una idea de la libertad dinámica, propulsiva, institucional y social: ésta necesita una democracia en continuo movimiento y expansión, en la cual el pluralismo se materializa en individuos y grupos que son puestos en la posición de salir de condiciones de desventaja y desigualdad. Reconocer los derechos sociales significa orientarse hacia “una ética del desarrollo”²⁶ de la persona que se mueve entre la parti-

²⁴ J. C. Gavara, *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, Barcelona, Bosch, 2010, p. 75.

²⁵ M. García Pelayo, *El estado social y sus implicaciones. Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza-Universidad, 1977, pp. 13-26.

²⁶ E. Viola, 2000, p. 115.

cularidad de las necesidades de los individuos y la apertura a un reconocimiento de algunas condiciones universales por el *flourishing* de los seres humanos.²⁷ Eso comporta, en un último análisis, una perspectiva que se extiende más allá de los Estados nacionales y más bien solicita una extensión planetaria: de aquí la necesidad de incluir a pleno título los derechos sociales en la esfera de los derechos humanos.

LOS DERECHOS SOCIALES EN EL DERECHO COMPARADO Y EN LA CONSTITUCIÓN ITALIANA

La articulación de la historia de los derechos humanos tiende a poner de manifiesto una primera fase de positivación de los derechos, la cual siguió una segunda fase de generalización descomponible en tres subfases correspondientes, respectivamente, a la época de las declaraciones, de las codificaciones y de la progresiva constitucionalización de los derechos, acompañada por una tercera fase que ha asistido a la internacionalización y universalización de los derechos, completada por una cuarta fase marcada por la globalización de los derechos que se vuelven cosmopolitas en el sentido kantiano del término.²⁸ Tradicionalmente, la fase de inicio de la historia de los derechos sociales coincide convencionalmente, como es conocido, con la segunda mitad del siglo XIX y es concebida en el contexto de los eventos de naturaleza política, económica, social, cultural, que caracterizaron la evolución de la posición y la función del hombre en la sociedad a partir de las revoluciones que tuvieron lugar en el siglo XIX. Sin embargo, no se puede dejar de recordar cómo en el contexto cultural del subcontinente indiano las leyes de Manu, de incierta datación (algunos estudiosos localizan el periodo de referencia alrededor de 1280 a. C, otros considerándolas mucho más recientes, de 200 a. C, ca.), compuestas de 2,684 reglas articuladas en doce capítulos, hayan representado un compendio de antiguas leyes y tradiciones sagradas, delineando un cuadro de la vida doméstica, social, religiosa y del sistema jurídico de la India arcaica sometida a la

²⁷ M. Nussbaum.

²⁸ L. Mezzetti, *Human Rights*, Bolonia, Bononia University Press, 2010; L. Mezzetti (ed.), *Diritti e doveri*, Turín, Giappichelli, 2013.

influencia del brahmanismo antiguo. Los edictos de Ashoka (imperio Maurya), emanados según algunos estudiosos entre el 265-238 a. C (ca.) y de acuerdo a reconstrucciones entre el 273-232 a. C (ca.), se distinguen por la modernidad de los contenidos que los caracterizaron y se señalan por la enunciación, junto a los principios de libertad (se registran en los edictos, normas sobre la liberación condicional de los presos), tolerancia, igualdad y prohibición de la esclavitud (reconocidas a favor de todos los ciudadanos), sin distinciones basadas sobre razones étnicas o religiosas, por las primeras disposiciones conocidas en materia de *welfare*, relativas a la educación gratuita en las universidades y la construcción de hospitales, para los seres humanos y con objeto veterinario. Recientemente en el estadio de la constitucionalización, tercera subfase de la generalización, las disposiciones relativas a los derechos fundamentales son incorporadas en el articulado constitucional y se inicia un proceso de progresiva relativización del contenido iusnaturalista de los derechos fundamentales, que son encuadrados en el sistema de las relaciones jurídico-positivas entre el Estado, en cuanto personalidad jurídica, y los sujetos privados, que la dogmática alemana del derecho público habría calificado como derechos públicos subjetivos. Es fenómeno que caracteriza, por ejemplo, la Constitución de Cádiz de 1812, la Constitución francesa de 1814, las Constituciones de los Estados alemanes e italianos de la Restauración (por ejemplo, Baviera, 1818, Baden, 1818, Württemberg, 1819, Assia-Darmstadt, 1820); los Estados italianos en el periodo siguiente a la Restauración; la Constitución noruega de 1814, la holandesa de 1815, la de 1818, la belga de 1831; además —fuera del continente europeo— de las Constituciones de los Estados latinoamericanos surgidas en consecuencia del proceso de independencia de España (Venezuela, 1811, Provincias Unidas del Sudamérica, 1819, Gran Colombia, 1821, Chile, 1822, Perú, 1823, Constitución centroamericana, 1823, Provincias Unidas del Centroamérica, 1824, México, 1824, Brasil, 1824, Argentina, 1826, Bolivia, 1826). Los derechos del hombre y del ciudadano proclamados en las declaraciones y Constituciones mencionadas fueron asumidos cuál patrimonio del individuo en su condición pre-social: la libertad, la igualdad formal, la propiedad, la seguridad, fueron consideradas facultades naturales e inalienables, evidenciándose la inspiración filosófica marca-

damente individualista. Ya Sieyès, sin embargo, en el propio proyecto de declaración de los derechos, afirmó que el objetivo de la vida social no tenía únicamente que ser la tutela de las libertades individuales, sino que tenía que hacer posible a todos los ciudadanos disfrutar de los beneficios que la sociedad comporta. Tal posición puede entenderse paradigmática a los fines de la representación de la evolución doctrinal iusnaturalista, que adquirió abiertamente con Rousseau un sentido democrático como consecuencia de la concepción de la libertad como posición concreta del individuo en la sociedad y encontró concretización normativa en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, premisa de la Constitución francesa de 1793, donde son proclamados (artículos 18-23) derechos económicos y sociales de los ciudadanos a prestaciones en materia de trabajo, asistencia e instrucción. Sucesivamente, la Constitución francesa de 1848 proclamó principios fundamentales y derechos en materia económica y social, proponiéndose como declaración de igualdad complementaria con respecto de la de 1789 referida a la (sola) esfera de la libertad.²⁹

Independientemente del significativo precedente de la Constitución francesa de 1793, la Constitución de la Segunda República Francesa puede considerarse, en una perspectiva diacrónica, el inicio del segundo estadio evolutivo de los derechos del hombre —aquel de los derechos económicos y sociales (las libertades positivas) con respecto al primer estadio que coincidió con el reconocimiento y la tutela de los derechos fundamentales (las libertades negativas) —. En cuanto al fundamento de los derechos económicos y sociales, éste tiene que localizarse en la intervención del Estado dirigida al reparto equitativo de tareas y ventajas en el seno de la sociedad, procurando a cada uno “un degré toujours plus élevé de moralité, de lumières et de bien-être” (Constitución francesa de 1848, preámbulo); la titularidad de los derechos en objeto tiene que referirse al hombre abstracto no tanto en su dimensión individual, sino al hombre situado (el *homme situé* de Burdeau) en el contexto de circunstancias concretas y reales; la naturaleza jurídica de los derechos económicos y sociales implica una expectativa de prestaciones por parte del Estado y de participación por parte de

²⁹ Pérez Luño, 2010, p. 122.

los titulares a la identificación de los contenidos concretos de los propios derechos, a través de los mismos cuerpos representativos. Análogamente, la Constitución del Imperio alemán del 28 de marzo de 1849 (“Paulskircheverfassung”) garantizó a los que estuvieran desprovistos de medios el derecho a la educación gratuita en todos los institutos de educación pública, además de la exención del pago de los impuestos escolares por la educación en las escuelas populares y en las escuelas técnicas inferiores (§157), y el derecho a elegir la propia profesión y de cumplir libremente la propia formación profesional (§158). El proceso histórico que tuvo como meta final la convergencia de los principios de la democracia política con las exigencias de la democracia económica tendría, bajo el perfil de la constitucionalización de las situaciones jurídicas subjetivas de referencia, un momento significativo en las disposiciones en materia económica y social integradas en la Constitución mexicana de 1917, en la Constitución alemana de Weimar de 1919, en la Constitución española de 1931 y, siguiendo un fenómeno de amplísima generalización, en todas las Constituciones siguientes al final de la Segunda Guerra Mundial, aunque con un diferente grado de concreción y a través del recurso de técnicas de codificación diferentes.

El análisis comparativo de las principales Constituciones europeas contemporáneas revela en efecto un panorama heterogéneo, susceptible de racionalización en al menos cuatro categorías.³⁰ A un primer grupo pertenecen las Constituciones que reconocen un número limitado de derechos sociales, pero enuncian, junto al principio de igualdad, el principio del Estado social o bien principio-guía de las políticas sociales: es el caso, en particular, de Alemania (1949), Irlanda (1937) y Austria (1920, revisada en 1929). La ley fundamental alemana garantiza, junto al principio del Estado social (artículos 20 y 28), algunos derechos sociales en materia de matrimonio y familia (artículo 6o.), de libres profesiones (artículo 33, párr. 5) y, como consecuencia de las revisiones constitucionales de 1994 y 2002, de tutela de las condiciones naturales de vida y la fauna (artículo 20a). La Constitución irlandesa contempla los principios de la política social en el artículo

³⁰ J. Iliopoulos Strangas (ed.), *Soziale Grundrechte in Europa nach Lissabon*, Baden-Baden, Nomos, 2010, p. 746.

45 y se limita a reconocer, entre los derechos sociales, la tutela de la familia (artículo 41) y el derecho a la educación (artículo 42). La jurisprudencia ha derivado, sin embargo, de la cláusula del artículo 45 los derechos constitucionales conocidos como “no precisados”, entre los que algunos asumen un contenido social. La Constitución austríaca calla en materia de derechos sociales y se abstiene de enunciar el principio del Estado social de derecho. La tutela de algunos derechos sociales es entregada a la ley fundamental sobre los derechos generales de los ciudadanos de 1867 (Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger-StGG) que contiene, junto a los derechos civiles, una serie de derechos sociales, como el derecho a la educación, la libertad de la ciencia y del arte, el derecho a la tutela del mismo idioma de origen. Se integran en un segundo grupo las Constituciones que, incluso relativamente antiguas en el tiempo, garantizan junto al principio de igualdad un número relevante de derechos sociales. Se trata de las Constituciones de Francia (1958), Italia (1948), Luxemburgo (1868), Dinamarca (1953) y Suecia (1974). La Constitución francesa actualmente vigente, que no contiene un catálogo de derechos de la persona, proclama en el Preámbulo el propio acatamiento de los derechos enunciados por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, integrada con el preámbulo de la Constitución de 1946 y con la Carta del medio ambiente de 2004 (“Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l’Homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu’ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu’aux droits et devoirs définis dans la Charte de l’environnement de 2004”) que forman en su complejo el *bloc de constitutionnalité*. En cambio, en el preámbulo de la Constitución de 1946 son enunciados, en particular, el derecho al trabajo, los derechos sindicales, el derecho de huelga, la tutela de la familia, el derecho a la salud, a la seguridad material, al descanso y a las vacaciones, el derecho a la educación, a la capacitación profesional y a la cultura. La Constitución italiana de 1948 dedica, junto al principio de igualdad (artículo 3o.) y al derecho-deber de trabajar (artículo 4o.), contenidos entre los principios fundamentales, el título II, “Relaciones ético-sociales” y el título III, “Relaciones económicas”

de la parte primera a los DESCAs, donde se encuentran afirmados los derechos de los trabajadores (artículos 35 y 36), los derechos del menor y de las mujeres trabajadoras (artículo 37), el derecho a la asistencia y a la seguridad social (artículo 38), los derechos sindicales (artículo 39), el derecho a la huelga (artículo 40), el derecho a la codecisión en las empresas (artículo 46), los derechos de la familia (artículos 29-31), el derecho a la salud (artículo 32), el derecho a la educación (artículo 34). La revisión constitucional de 2001 ha reconocido posteriormente (artículo 117, inciso 2, lit. m, n, o) la potestad legislativa exclusiva del Estado en materia de “determinación de los niveles esenciales de las prestaciones relativas a los derechos civiles y sociales que deben ser garantizados sobre todo el territorio nacional”, “normas generales sobre la instrucción” y “seguridad social”, sin excluir, sin embargo (artículo 117, inciso 3) una potestad legislativa concurrente de las regiones en materia de directa relevancia social (en particular, tutela y seguridad del trabajo; instrucción, salvo la autonomía de las instituciones escolares y con exclusión de la educación y la capacitación profesional; profesiones; investigación científica y tecnológica, y sostén a la innovación para los sectores productivos; tutela de la salud; alimentación; deporte; protección civil; valorización de los bienes culturales y ambientales, y promoción y organización de actividades culturales). La Constitución luxemburguesa de 1868 garantiza, en el texto seguido a las revisiones de 1999 y 2007, los derechos naturales de la persona y de la familia (artículo 11, párr. 1); el derecho al trabajo y a las libertades sindicales (artículo 11, párr. 4), la asistencia y la seguridad social; la tutela de la salud; los derechos de los trabajadores; la lucha contra la pobreza; la integración social de los minusválidos (artículo 11, párr. 5); el derecho a la educación y el derecho a la salud (artículo 23). La Constitución danesa de 1953 reconoce el derecho al trabajo y el derecho a la seguridad social (artículo 75) y el derecho a la educación (artículo 76). La Constitución holandesa de 1983 establece en su título I, dedicado a los derechos fundamentales, así como el principio de igualdad (artículo 10.), el derecho de acceso a la justicia para los indigentes (artículo 18); la promoción de condiciones suficientes del empleo; los derechos de los trabajadores y el derecho a la libre elección de la profesión (artículo 19); los derechos relacionados con la asistencia y seguridad social (ar-

título 20); la protección del medio ambiente (artículo 21); el derecho a la salud, a la vivienda y al desarrollo social y cultural (artículo 22); el derecho a la educación (artículo 23). La Constitución sueca de 1974, después de la revisión de 2010, contempla entre los principios fundamentales las formas de garantías estatales de directa relevancia social. En el título II, dedicado a los derechos y las libertades fundamentales, se ponen de relieve junto al principio de igualdad y no discriminación (artículos 12 y 13) los derechos sindicales (artículo 14) y el derecho a la educación y a la investigación (artículo 18).

Al tercer grupo pertenecen las Constituciones europeas que, aunque no caracterizadas en el texto original por una descripción de los derechos sociales, fueron posteriormente objeto de enmiendas constitucionales que han producido una contribución significativa en este sentido: la Constitución belga de 1831, revisada en 1994, 2000 y 2002, y la Constitución de Finlandia de 1919, revisada en 1995 y 1999. El cuarto grupo incluye las Constituciones de los ordenamientos del sur de Europa que han experimentado el proceso de transición constitucional y consolidación de la democracia en la segunda mitad de los años setenta: Grecia (1975), Portugal (1976), España (1978). Se trata de las Constituciones que sobre la base de un proceso de evolución y perfeccionamiento de técnicas de redacción dedican un amplio reconocimiento a los derechos y principios sociales en el campo de las políticas sociales: en la Constitución griega (título II, “Derechos individuales y sociales”), junto con el principio de igualdad (artículo 4o.) y el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 5o.), se pueden encontrar el derecho a la educación (artículo 16), los derechos de los funcionarios (artículo 21), los derechos relacionados con el trabajo (artículos 22 y 23), la protección del ambiente (artículo 24); la Constitución portuguesa identifica (artículo 2o.) en sede de delineación de la forma del Estado, entre los objetivos del nuevo orden, la creación de una democracia económica, social y cultural (...visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa) y contempla entre los deberes básicos del Estado (artículo 9o.) la creación de factores políticos, económicos, sociales y culturales que promueven la independencia nacional, la promoción de los DESCA, la protección del ambiente y del patrimonio histórico y artístico. Enuncia

en el título II, “Derechos, libertades y garantías”, capítulo I, “Derechos, libertades y garantías personales”, algunos derechos sociales (los derechos de la familia, artículo 36; el derecho a la educación, artículo 43), dedicando el capítulo III a “Los derechos, libertades y garantías de los trabajadores” (artículos 53-57) y todo el título III, “Derechos y deberes económicos, sociales y culturales”, divididos en tres capítulos, a los “Derechos y deberes económicos” (artículos 58-62), “Derechos y deberes sociales” (artículos 63-72), y el capítulo III a los “Derechos y deberes culturales” (artículos 73-79), proponiéndose como el texto constitucional que en razón de su sistemática y articulación en el campo de la disciplina de los derechos sociales se señala como paradigma de las técnicas constitucionales de disciplina de esta materia entre las Constituciones europeas posteriores a la Segunda Guerra Mundial. La Constitución española de 1978 finalmente, calificando el ordenamiento como Estado social y democrático de derecho (artículo 1o.) y identificando el fundamento del orden político y de la paz social en “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” (artículo 10), reconduce a la categoría de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, el derecho a la educación (artículo 27), la libertad de asociación y el derecho de huelga (artículo 28); incluye entre los derechos y deberes de los ciudadanos, el derecho y el deber de trabajar (artículo 35) y el derecho a la negociación colectiva (artículo 37); dedica todo el capítulo III, “De los principios rectores de la política económica y social” (artículos 39-52) al reconocimiento de los DESCA, situándose como texto constitucional de referencia en el constitucionalismo europeo de la segunda posguerra, como consecuencia de la articulación y detalle de la disciplina adoptada. Entre las Constituciones cuya aprobación ha caracterizado la tercera ola de la transición constitucional, después de la caída del Muro de Berlín se deben señalar, en particular, la Constitución polaca de 1997 y la Constitución rusa de 1993. La Constitución polaca establece entre los principios fundamentales del ordenamiento republicano los principios de la justicia social (artículo 2o.); la igualdad de acceso a los productos culturales (artículo 6o.); la libertad de asociación (artículo 12); la protección de las personas con discapacidad (artículo 19); la economía

social de mercado (artículo 20); la protección del trabajo (artículo 24), dedicando los artículos 64-76 a los DESCAs, a través de una normativa extremadamente detallada y articulada. La Constitución rusa califica la Federación como Estado social (artículo 70.) y establece los principios fundamentales de la protección de la salud y de la seguridad en el trabajo; garantiza el salario mínimo; la protección de la familia, de la maternidad, de la paternidad, los discapacitados y los ancianos. La Constitución de 1993 reconoce los derechos sociales en los artículos 37-48 del título II, acumulando la disciplina de los derechos de las diferentes categorías, también revela cuidado y detalle en la preparación y el contenido de los mismos, basándose en criterios de originalidad y relevancia.

El análisis comparativo de las principales Constituciones iberoamericanas contemporáneas revela un panorama de gran interés, teniendo en cuenta el hecho de que varias Constituciones se han elaborado o reformado en los últimos tiempos y por tanto, toman la forma de un producto actualizado de técnicas muy avanzadas de escritura, que han podido tener en cuenta los derechos sociales y los nuevos derechos en cuanto objeto de clasificación y sistematización. A lado de la calificación del ordenamiento como Estado social de derecho y de la identificación de la dignidad humana entre los principios fundamentales, que se produce en casi todos los textos constitucionales (por ejemplo, Brasil, Colombia, Paraguay y Venezuela), es importante el reconocimiento de los derechos sociales en un único catálogo de derechos humanos que revela una concepción de los derechos como universales, indivisibles e interdependientes (Bolivia y Venezuela), en línea con lo proclamado en los tratados y en la jurisprudencia nacional y supranacional. Si la Constitución de Argentina dedica en el marco del capítulo primero, “Declaraciones, derechos y garantías” el artículo 14 bis a los derechos relacionados con el trabajo y la seguridad social, y en el contexto de la disciplina del capítulo segundo, “Nuevos derechos y garantías”, el derecho al medio ambiente sano (artículo 41) y los derechos de los consumidores (artículo 42), muy extendido es el espacio que la Constitución boliviana de 2009 reserva a los derechos fundamentales y a las garantías relacionadas con ellos, proponiéndose en este sentido como paradigmática de las líneas de tendencia seguidas recientemente

por el constitucionalismo iberoamericano. En el capítulo segundo del título primero, dedicado a los derechos fundamentales, se reconocen derechos tradicionalmente clasificados como libertades positivas, tales como el derecho al agua y a la alimentación; el derecho a la educación; el derecho a la salud; el derecho a un hábitat y vivienda adecuada; el derecho al acceso universal y equitativo a los servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones (artículos 16-20). El capítulo quinto está dirigido específicamente a garantizar los derechos económicos y sociales, articulado en diez secciones, nueve de las cuales son relevantes para nuestros propósitos clasificadores (derecho al medio ambiente sano, sección I; derecho a la salud y a la seguridad social, sección II; el derecho al trabajo y al empleo, sección III; derecho a la propiedad, sección IV; los derechos de los niños, de los adolescentes y de los jóvenes, sección V; los derechos de las familias, sección VI; los derechos de las personas mayores, sección VII; los derechos de los discapacitados, sección VIII; los derechos de los consumidores, sección X). Todo el capítulo sexto es finalizado al reconocimiento de los derechos relacionados con la educación y los derechos culturales (así como a la ciencia, a la tecnología, a la investigación, al deporte y al ocio).

Un enfoque sistemático similar se encuentra en la Constitución de Colombia de 1991 y en la Constitución de Ecuador de 2008. El título II de la Constitución Política de Colombia, “De los derechos, las garantías y los deberes” se articula en el capítulo I, dedicado a los derechos fundamentales y en otros capítulos dedicados a los derechos económicos, sociales y culturales (capítulo II), a los derechos colectivos y ambientales (capítulo III). El título II de la Constitución de Ecuador se divide en nueve capítulos en los que además de los principios de aplicación de los derechos indican, en particular a los efectos de esta investigación, los derechos del buen vivir (capítulo II, dividido en ocho secciones, que abarcan, respectivamente, agua y alimentación, ambiente sano, comunicación e información, cultura y ciencia, educación, hábitat y vivienda, salud, trabajo y seguridad social) y los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria (capítulo III, divididos en nueve secciones, que abarcan, respectivamente, adultas (os) mayores; jóvenes, movilidad humana, mujeres embarazadas, niñas (os) y

adolescentes, personas con discapacidad, personas con enfermedades catastróficas, personas privadas de libertad, personas usuarias y consumidoras). La Constitución venezolana de 1999 dedica su título III a los derechos humanos y a las garantías relacionadas, pero a lado de las libertades negativas lleva varios capítulos dedicados a los derechos sociales (capítulo V, “De los derechos sociales y de las familias”; capítulo VI, “De los derechos culturales y educativos”; capítulo VII, “De los derechos económicos”; capítulo IX, “De los derechos ambientales”). Por su parte, la Constitución de Paraguay de 1992, en el título II de la parte I, “De los derechos, de los deberes y de las garantías” establece las normas de garantía de las condiciones de vida de los seres humanos (capítulo I, “De la vida y del medio ambiente”) relativas a la calidad de vida (artículo 6o.) y al derecho al medio ambiente sano, dedicando en los capítulos siguientes normas de protección de derechos relacionados con la familia, los niños, la maternidad y la paternidad, la juventud, las personas mayores, las personas excepcionales, la salud, la educación y la cultura, el deporte, el trabajo, la seguridad social, la vivienda y los derechos económicos. Los derechos sociales y económicos también están sujetos a disciplina dentro de sectores específicos de la Constitución de Brasil (el título II, “Los derechos y garantías fundamentales” se articula en el capítulo I, “Los derechos y deberes individuales y colectivos”, y en el capítulo II, “Los derechos sociales”), en Perú (capítulo II, “De los derechos sociales y económicos” del título, “De la persona y de la sociedad”), y en Uruguay (capítulo II de la sección II, “Derechos, deberes y garantías”).

Es de fundamental importancia señalar cómo al tendencial sintetismo de algunas Constituciones europeas en la enunciación de los derechos sociales (sobre todo de los textos que entraron en vigor en la primera oleada de las transiciones constitucionales inmediata a la segunda posguerra), justificable por una serie de razones como la fase histórica de redacción de las Constituciones mismas que no conoció todavía la definitiva y plena emersión de las expectativas conexas a la reivindicación de los DESCAs, la concepción de los derechos sociales como categoría de rango legislativo y no constitucional, las dificultades conexas a la justiciabilidad de los derechos sociales y otras, hayan subvenido los órganos de justicia constitucional que actualizando el

ámbito aplicativo de los principios constitucionales, originariamente incorporados por el constituyente en el texto constitucional, o bien desarrollando auténticamente una obra creadora de nuevos derechos y principios, han otorgado una dimensión a la Constitución sustancial (noción que quiere evocar un conjunto compuesto de la Constitución escrita y de los principios-derechos elaborados por la jurisprudencia), tal de trascender sea bajo el perfil cuantitativo, sea bajo aquel cualitativo el orden originario del texto mismo. En esta perspectiva se puede apreciar la obra realizada por el Consejo Constitucional de Francia en el momento de la enucleación del principio de protección de la dignidad humana (94-343/344 de 1994, 98-403 de 1998); del principio de la igualdad de género (81-133 de 1981, 2000-429 de 2000); del derecho al trabajo (2004-509 de 2005, 2006-535 de 2006); de la libertad de asociación (83-162 de 1983 y 88-244 de 1988); del derecho de huelga (79-105 de 1979, 2007-556 de 2007); del derecho de los trabajadores para la gestión de las empresas (77-79 de 1977, 93-328 de 1993, 94-348 de 1994, 96-383 de 1996, 97-388 de 1997, 99-423 de 2000, 2002-465 de 2003, 2003-486 de 2003, 2004-490 de 2004, 2005-514 de 2005, 2007-555 de 2007, 2008-568 de 2008); del derecho a la salud (74-54 de 1975, 90-283 de 1991, 2002-463 de 2002, 2003-486 de 2003, 2003-488 de 2003, 2004-504 de 2004, 2004-508 de 2004, 2005-523 de 2005, 2007-546 de 2007, 2007-555 de 2007, 2007-558 de 2007); del principio de libre acceso a la educación, la capacitación profesional y la cultura (2001-450 de 2001, 2006-533 de 2006); de la protección de la familia (97-393 de 1997, 98-405 de 1998, 2000-437 de 2000, 2005-528 de 2005); de la protección social por razones de edad (2003-483 de 2003); del derecho a una vivienda digna (94-359 de 1995, 98-403 de 1998, 2004-503 de 2004).

La ley fundamental alemana de 1949 no ofrece una solución definitiva a la cuestión de los casos y los requisitos de derivabilidad de derechos individuales de los deberes positivos que incumbe al Estado actuar. El Tribunal Constitucional Federal Alemán no rechaza en principio la (re) subjetivación del contenido objetivo de los derechos fundamentales: el uso del término “derecho fundamental” para ciertas prestaciones se encuentra, por ejemplo, en BVerfGE 10., 97, 33, 303, 35, 79, 38, 138, 48, 127. La Corte de Karlsruhe además ha dilucidado

sobre la base del principio del Estado social de derecho (artículo 20, inciso 1 GG); el derecho a la garantía de los requisitos mínimos por una existencia digna (BVerfGE 45,187), del artículo 12, inciso 1 GG el derecho al acceso a la educación superior (BVerfGE 33, 303, numerus clausus), del artículo 14, párr. 1, una consolidación de la posición jurídica del arrendatario como aspecto relevante del derecho a la vivienda (BVerfGE 89,1). El Tribunal Constitucional Federal Alemán también se pronunció en el famoso *Caso Hartz IV de 2010* (BVerfG, BVL 1.9 de 9.2.2010), sobre la base de la apelación presentada por los desempleados, de la constitucionalidad de la ley relativa a las prestaciones por desempleo, que había reducido los niveles mínimos esenciales de estos subsidios, considerando la legislación inconstitucional, porque violaba el principio fundamental de la dignidad humana, proclamado por el artículo 1o. de la ley fundamental. Un argumento similar fue seguido por el Tribunal Constitucional de Sudáfrica, en el *Caso de Mazibuko vs. Ciudad de Johannesburgo* en 2008. El Tribunal Constitucional italiano con la sentencia 404/1988 ha reconocido el carácter de inviolabilidad del derecho a la vivienda, sobre la base del artículo 2o. de la Constitución y numerosos documentos internacionales que hacen referencia a ello. Aunque para la plena afirmación de ese derecho se requeriría acometer la revisión del título V de la parte II de la Constitución, para que el Tribunal Constitucional pueda hablar de “niveles mínimos de necesidades de vivienda que están estrechamente relacionados con la dignidad inalienable central de la persona humana” (sentencia 166/2008) y con respecto al llamado “Plan de vivienda” y al “Social housing” hable de la reconducción a la competencia exclusiva del Estado para la determinación, tanto en términos objetivos y subjetivos (sentencia 121/2010), del nivel mínimo de la vivienda y de los criterios sociales de adjudicación, según el artículo 117, párr. 2, letra m) de la Constitución. En cuanto a los derechos de los discapacitados, hay nutrida jurisprudencia constitucional que reconoce a éstos un sustento. Sin embargo, existe una importante línea de casos que inició con la sentencia 346/1989, que —apoyándose sobre el valor de la dignidad humana y en el artículo 2o. de la Constitución— reconoce a la persona con discapacidad el derecho a la calidad de vida y a la socialización a través de la escuela y el trabajo, precisando que esta protección está

destinada a reconocer “las condiciones existenciales compatibles con la dignidad de la persona humana.” En cuanto a la posición de los menores, existen muchas disposiciones constitucionales que se ocupan de ellos en lo referido a las condiciones de trabajo, edad mínima de trabajo inicial (artículo 37 de la Constitución), y con respecto a las relaciones familiares (artículos 30 y 31 de la Constitución). Es con la sentencia 11/1981 cuando comienza a delinearse el derecho del menor a una familia, donde con referencia a la adopción el Tribunal habla de la “satisfacción de la necesidad de la familia sentida fuertemente por el menor”, que “requiere para su crecimiento normal afecto individualizado y continuo, entornos no precarios, situaciones sin conflicto”. Es sólo con las decisiones posteriores 198/1986 y 183/1988, cuando se establece el derecho del menor al pleno reconocimiento de una familia (única), con el fin de encontrar una situación emocional estable y adecuada, cuyo fundamento se identifica en la combinación de valores constitucionales, contemplados en los artículos 2o. y 30 de la Constitución, lo que justifica su calificación en términos de derecho fundamental. Con motivo de la importante decisión núm. 240/1994, en lo que respecta a las pensiones, la Corte constitucional habló de “el derecho de quitarse el hambre”, como el primero de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Derecho que ha encontrado recientemente afirmación completa en la sentencia 10/2010 sobre la llamada “social card”, en la que la Corte habla del “derecho a obtener las prestaciones imprescindibles para aliviar situaciones de extrema necesidad, en particular alimenticias.” Con respecto al derecho a la información, tal vez ni siquiera tiene sentido hablar de un nuevo derecho, ya que se afirmó desde hace algún tiempo en la jurisprudencia constitucional de la Corte y se considera entre los contenidos del artículo 21 de la Constitución. La Corte en su primera decisión al respecto (sentencia 105/72), tratando sobre el perfil pasivo de la libertad de información, identificó un “interés general, también indirectamente protegido por el artículo 21, a la información, que en un sistema democrático libre implica pluralidad de fuentes de información, libre acceso a las mismas, ausencia de obstáculos legales injustificados, incluso temporales, a la circulación de noticias e ideas”. Todavía más claramente la sentencia 1/1981, frente a ordenanzas que perfilaban la existencia del derecho constitucional a la información que

implicaron la necesidad de una intervención aditiva de la Corte para exonerar de la obligación de testimonio al periodista, que intencionalmente lo calificó en términos de “un común interés”, derivando de ello la exclusión de su predominio (y si acaso una tendencial recesividad), en juicios de ponderación, en el caso concreto con respecto del interés de la justicia. Para acabar, por cuanto ya atañe al citado “derecho al ambiente saludable”, el primero en hablar de un derecho subjetivo al medio ambiente fue el Tribunal de Casación, en la sentencia 1473/1979 y sobre todo en la sentencia 5172/1979, donde asignó, aplicando la combinación de lo dispuesto en los artículos 2o., 9o., 32, un contenido de sociabilidad y de seguridad para el derecho a la salud, tanto como para sacar de ello un real derecho al ambiente saludable, fundamental, incondicional y absoluto del individuo, que se expresa como modo de ser de la persona humana. La primera sentencia de la Corte constitucional realmente relevante para la afirmación de este nuevo derecho social es la núm. 210/1987, con la que la Corte reconoce la legitimidad de normas estatales dirigidas a la “tutela del ambiente como derecho fundamental de la persona e interés fundamental de la colectividad”, configurando el daño ambiental como una “ofensa al derecho de cada ciudadano individualmente y colectivamente”. Se trata, a juicio de la Corte, “de valores que en sustancia la Constitución prevé y garantiza (artt. 9 y 32 Cost.), al amparo de los que, las normas de previsión necesitan de una cada vez más moderna interpretación”.

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, A., “Taking Rules Seriously”, en W. Maihofer y G. Sprenger (eds.), *Law and States in Modern Times*, Stuttgart, Franz Steiner, 1990.
- ABRAMOVICH, V. y C. Courtis, *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.
- , *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.
- ACUÑA, J. M., *Justicia constitucional y políticas públicas sociales. El control de las políticas públicas sociales a partir de la articulación jurisprudencial de los Derechos sociales fundamentales*, México, Porrúa, 2012.

- ALES, E., Jaspers, T., Lorber, P., Sachs-Durand, C. y Wendeling-Schröder, U. (eds.), *Fundamental Social Rights in Europe: Challenges and Opportunities*, Intersentia, 2009.
- ALFONSO MELLADO, C. L., Jimena Quesada, L. y Salcedo Beltrán, M., *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2014.
- ALIPRANTIS, N., *Les droits sociaux dans les instruments européens et internationaux*, Bruselas, Bruylant, 2008.
- ALVIAR GARCÍA, H., Klare, K. y Williams, L. A. (eds.), *Social and Economic Rights in Theory and Practice*, Routledge, 2014.
- ANDREONI, A., *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, Turín, Giappichelli, 2006.
- ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco J., *Rivendicando i diritti sociali*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014.
- ARANGO, R., *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005.
- BALDASSARRE, A., “Costituzione e teoria dei valori”, *Politica del Diritto*, 1991.
- , “Esistono norme giuridiche sopra-costituzionali?”, en *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milán, Giuffrè, vol. III, 1995.
- , “Filosofie dei valori ed ermeneutica dei valori (a proposito del “pensare per valori”)”, en *Scritti in onore di Franco Modugno*, Nápoles, Editore Scientifico, vol. I, 2011.
- , “L’interpretazione della Costituzione”, en A. Palazzo (ed.), *L’interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Nápoles, ESI, 2001.
- , “Diritti sociali”, en *Enciclopedia giuridica*, Roma, XI, 1989.
- BARAK EREZ, D. y A. Gross (eds.), *Exploring Social Rights: Between Theory and Practice*, Hart Publishing, 2007.
- BERNUZ BENEITEZ, M. J. y M. Calvo García, *La eficacia de los derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- BIFULCO, D., *L’inviolabilità dei diritti sociali*, Nápoles, Jovene, 2003.
- BÖCKENFÖRDE, E.W., “I diritti sociali fondamentali nella struttura della Costituzione”, en *id.*, *Stato, Costituzione, Democrazia*, Milán, Giuffrè, 2006.
- BOECKH, K. y K. Busa (eds.), *Staatsbürgerschaft und Teilhabe: Bürgerliche, politische und soziale Rechte im östlichen Europa*, De Gruyter Oldenbourg, 2014.
- BOJE, T. P. y M. Potucek (eds.), *Social Rights, Active Citizenship and Governance in the European Union*, Baden-Baden, Nomos, 2011.

- CALLIESS, C. y W. Kahl (eds.), *Rechtsstaatlichkeit, Freiheit und soziale Rechte in der Europäischen Union*, Berlín, Duncker & Humblot, 2014.
- CANCILLA, F.A., *Servizi di welfare e diritti sociali nella prospettiva dell'integrazione europea*, Milán, Giuffré, 2009.
- CARBONELL, M., *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*, México, Porrúa, 2001.
- CARMONA CUENCA, E., "Las normas constitucionales de contenido social: delimitación y problemática de su eficacia jurídica", *Revista de Estudios Políticos*, 76, 1992.
- CASADEI, T., *I diritti sociali. Un percorso filosofico-giuridico*, Florencia, Firenze University Press, 2012.
- CASCAJO CASTRO, J.L., Terol Becerra, M., Domínguez Vila, A. y Navarro Marchante, V. (eds.), *Derechos sociales y principios rectores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- CAVALLO PERIN, R., Lenti, L., Racca, G.M. y Rossi, A. (eds.), *I diritti sociali come diritti della personalità*, Nápoles, ESI, 2010.
- CAVASINO, E., Scala, G. y Verde, G. (eds.), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2013.
- CINELLI, M. y S. Giubboni, *Cittadinanza, lavoro, diritti sociali. Percorsi nazionali ed europei*, Turín, Giappichelli, 2014.
- CORSO G., "I diritti sociali nella Costituzione italiana", *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981.
- COURTIS C., "La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorias", en C. Courtis (ed.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editorial Del Puerto, 2006.
- CRISAFULLI, V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milán, Giuffré, 1952.
- D'AMICO, M., Guiglia, G. y Liberali, B. (eds.), *La carta sociale europea e la tutela dei diritti sociali*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013.
- DE BURCA, G., De Witte, B. y Ogertschnig, L. (eds.), *Social Rights in Europe*, Oxford University Press, 2005.
- DE SCHUTTER, O. (ed.), *Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights*, Edward Elgar Publishing, 2013.
- DICIOTTI, E., *Sulla distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali: una prospettiva di filosofia analitica*, en Quaderni costituzionali, 2004.
- DURÁN Y LALAGUNA, P., *Derechos sociales y políticas sociales. Coincidencias y diferencias*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

- EICHENHOFER, E., *Soziale Menschenrechte im Völker-, europäischen und deutschen Recht*, Tubinga, Mohr, 2012.
- FACURY SCAFF, F., Revenga, M. y Romboli R. (eds.), *Problemi e prospettive in tema di tutela costituzionale dei diritti sociali*, Milán, Giuffrè, 2009.
- FABRE, C., *Social Rights Under the Constitution: Government and the Decent Life*, Oxford University Press, 2000.
- FELICE W. F., *The Global New Deal: Economic and Social Human Rights in World Politics*, Rowman & Littlefield Publishers, 2010.
- FORSTHOFF, E., “Concetto e natura dello Stato sociale di diritto”, en Idem, *Stato di diritto in trasformazione*, Milán, Giuffrè, 1973 y en VVDStRL, 12, 1954.
- , *Der Staat der Industriegesellschaft*, Múnich, Beck, 1971, Bibliografía 181.
- GALDINO, F., *Introdução a Teoria dos Custos dos Direitos-Direitos nao nascem em árvores*, Río de Janeiro, Lumen Júris, 2005.
- GAMBINO, S., *Stato e diritti sociali*, Nápoles, Liguori, 2009.
- GARCÍA-ATANCE y García de Mora, M. V., *Derechos económicos y sociales de los ciudadanos*, Madrid, Sanz y Torres, 2014.
- GARCÍA MANRIQUE, R., *La libertad de todos. Una defensa de los derechos sociales*, Barcelona, El Viejo Topo, 2013.
- GARCÍA PELAYO, M., *El estado social y sus implicaciones. Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza-Universidad, 1977.
- GARCIA SCHWARZ, R., *Derechos sociales: imprescindibilidad y garantías*, Thomson-Aranzadi, 2011.
- GARCIA SCHWARZ, R., *Social Rights as Fundamental Human Rights*, Nueva York, Londres, Cape Town, Raider, 2011.
- GARGIULO, P. (ed.), *Politica e diritti sociali nell'Unione europea*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2011.
- GARRIDO GÓMEZ, M. I., *La eficacia de los derechos sociales hoy*, Madrid, Dykinson, 2013.
- GAVARA, J.C., *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, Barcelona, Bosch, 2010.
- GAY, L., Mazuyer, E. y Nazet-Allouche, D. (eds.), *Les droits sociauxux fondamentaux*, Bruylant, Bruselas, 2006.
- GONZÁLEZ MONGUI, P. E. (ed.), *Derechos económicos, sociales y culturales*, Bogotá, Kimpres, 2009.
- GUIGLIA, G., *Il diritto all'assistenza sociale nella prospettiva multilivello*, Padua, Cedam, 2006.

- HERNÁNDEZ VALLE, R., Los derechos prestacionales, en J. Palomino Manchego y J.C. Remotti Carbonell (eds.), *Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica*, Lima, Universidad Nacional de San Marcos-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional [sección peruana], 2002.
- HERRERA C.M., *Les droits sociaux*, París, Puf, 2009.
- HERVEY T. y J. Kenner (eds.), *Economic and Social Rights Under The Eu Charter Of Fundamental Rights*, Hart Publishing, 2006.
- ILIOPOULOS STRANGAS, J. (ed.), *Soziale Grundrechte in Europa nach Lissabon*, Baden-Baden, Nomos, 2010.
- KING, J., *Judging Social Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- LANGFORD, M., *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2013.
- LAPORTA, Los derechos sociales y su protección jurídica. Introducción al problema, en Laporta, Manero, Rodilla (eds.), *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico, 2009.
- LASA LÓPEZ, A., *Los derechos sociales en el constitucionalismo de mercado*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2013.
- LECKIE, S. y A. Gallagher (eds.), *Economic, Social, and Cultural Rights: A Legal Resource Guide*, University of Pennsylvania Press, 2006.
- LONGO, E., *Le relazioni giuridiche nel sistema dei diritti sociali. Profili teorici e prassi costituzionali*, Padua, Cedam, 2012.
- MCCORQUODALE, R. (ed.), *Economic, Social, and Cultural Rights in Action*, Oxford University Press, 2007.
- MARTÍNEZ ESTAY, J. I., “Valor e sentido dos direitos sociais”, en *Direitos Humanos, Teorias e Práticas*, Coimbra, Almedina, 2003.
- MASALA, P., *La tutela dei diritti sociali negli ordinamenti di tipo composto tra uniformità e differenziazione. Decentramento e diritti sociali in Italia*, Germania e Spagna, Pisa University Press, Pisa, 2014.
- MEZZETTI, L., *Human Rights*, Bolonia, Bononia University Press, 2010.
- (ed.), *Principi costituzionali*, Turín, Giappichelli, 2011.
- (ed.), *Diritti e doveri*, Turín, Giappichelli, 2013.
- (ed.), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padua, Cedam, I, 2009, II, 2011.
- , Belletti, M., D’Orlando, E. y Ferioli, E., *La giustizia costituzionale*, Padua, Cedam, 2007.
- y A. Morrone (eds.), *Lo strumento costituzionale dell’ordine pubblico europeo*, Turín, Giappichelli, 2011.

- y C. Pizzolo (eds.), *Diritto costituzionale transnazionale*, Bolonia, FiloDiritto, 2013.
- , *Diritto processuale dei diritti umani*, Rimini, Maggioli, 2013.
- MINKLER, L. (ed.), *The State of Economic and Social Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- NASH ROJAS, C., Los derechos económicos, sociales y culturales y la justicia constitucional latinoamericana: tendencias jurisprudenciales, en *Estudios Constitucionales*, 2011.
- NIVARD, C., *La justiciabilité des droits sociaux*, Bruselas, Bruylant, 2012.
- NOGUEIRA ALACALÁ, H., Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano, en *Estudios Constitucionales*, 2009.
- NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *Los derechos sociales en las nuevas Constituciones latinoamericanas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- y A. Guamán Fernández, *Lecciones sobre Estado social y derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- NOLAN, A. (ed.), *Economic and Social Rights after the Global Financial Crisis*, Cambridge University Press, 2014.
- , O'connell, R. y Harvey, C. (eds.), *Human Rights and Public Finance: Budgets and the Promotion of Economic and Social Rights*, Hart Publishing, 2013.
- PANSIERI, F., Condicionantes a sindicabilidade dos Direitos Sociais, *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, 2006.
- PEZZINI, B., *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milán, Giuffré, 2001.
- (ed.), *Diritti sociali tra uniformità e differenziazione*, Milán, Giuffré, 2005.
- PILIA, R., *I diritti sociali*, Nápoles, Jovene, 2005.
- PISARELLO, G., Del Estado social tradicional al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales, en Carbonell M. (ed.), *Teoría Constitucional y derechos fundamentales*, México, 2002.
- , *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.
- PIZZOFERRATO, A. y V. Castiglione (eds.), *Diritti sociali e riforme costituzionali*, Padua, Cedam, 2007.
- POLANYI, K., *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, Turín, Einaudi, 1974.
- POLITI, F., *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione repubblicana*, Turín, Giappichelli, 2011.

- PRESNO LINERA, M. A. y I. W. Sarlet (eds.), *Los derechos sociales como instrumento de emancipación*, Thomson Reuters, 2010.
- RIEDEL, E., Giacca, G. y Golay, C. (eds.), *Economic, Social, and Cultural Rights in International Law: Contemporary Issues and Challenges*, Oxford, OUP, 2014.
- ROMAN, D. (ed.), *Les droits sociaux, entre droits de l'homme et politiques sociales*, París, LGDJ, 2012.
- ROMEO, G., *La cittadinanza sociale nell'era del cosmopolitismo: uno studio comparato*, Padua, Cedam, 2011.
- ROSSETTI, A., Los derechos sociales como derechos “de segunda”? Sobre las generaciones de derechos y la diferencias con los derechos “de primera”, en Espinoza de los Monteros, Ordóñez (eds.), *Los derechos sociales en el estado constitucional*, Valencia, 2013.
- ROVAGNATI, A., *Sulla natura dei diritti sociali*, Turín, Giappichelli, 2009.
- SALAMERO TEIXIDÓ, L., *La protección de los derechos sociales en el ámbito de Naciones Unidas*, Civitas, 2012.
- SALAZAR, C., *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Turín, Giappichelli, 2000.
- SARLET, I. W. (ed.), *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*, Río de Janeiro, Renovar, 2003.
- SOMMERMANN, K. P., *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, Tubinga, Mohr, 1997.
- SSENYONYO M., *Economic, Social and Cultural Rights in International Law*, Oxford-Portland, Hart, 2009.
- SWIATKOWSKI, A. M., *Charter of Social Rights of the Council of Europe*, Kluwer Law International, 2007.
- TALBOTT, W. J., *Human Rights and Human Well-Being*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- , *Which Rights Should Be Universal?*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- TEROL BECERRA, M. (ed.), *Del bienestar en la Constitución española y de su implementación (1978-2011)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- , *El Estado social y sus exigencias constitucionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- y L. Jimena Quesada (eds.), *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- TRILSCH, M. A., *Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte im innerstaatlichen Recht*, Springer, 2012.

- TRUCCO, L., Livelli essenziali delle prestazioni e sostenibilità finanziaria dei diritti sociali, en Cavasino, Scala, Verde (eds.), *I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2013.
- VON BOGDANDY, A., Fix-Fierro, H., Morales Antoniazzi, M. y Ferrer Mac-Gregor, E. (eds.), *Construcción y Papel de los Derechos Sociales Fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en America Latina*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- VV. AA., *El sistema universal de los derechos humanos. Estudio sistemático de 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 textos internacionales concordantes*, Granada, Editorial Comares, 2014.
- YOUNG, K. G., *Constituting Economic and Social Rights*, Oxford, OUP, 2012.
- ZULLO, S., *La dimensione normativa dei diritti sociali. Aspetti filosofico-giuridici*, Turín, Giappichelli, 2013.



INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917 EN EL CONSTITUCIONALISMO SALVADOREÑO

Manuel Arturo Montecino Giralt*

ANTECEDENTES

El Salvador, como Estado independiente, ha tenido trece Constituciones,¹ número que no es sinónimo de una intensa vida constitucional al interior del país sino, por el contrario, de su inestabilidad política, dado que, como se puede advertir después de un análisis comparativo entre las mismas, son contadas las que introdujeron modificaciones que tuvieran significativa incidencia en la sociedad salvadoreña, puesto que “muchas veces los cambios o reformas obedecieron a moti-

* Doctor en derecho por la Universidad Nacional a Distancia (UNED), Madrid, España; licenciado en ciencias jurídicas por la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas” (UCA); actualmente es consejero del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA); director de la maestría en derecho penal constitucional; miembro de la Comisión Redactora del Código Procesal Civil y Mercantil. Ha escrito diversos artículos respecto a procesos constitucionales y civiles.

¹ La primera es del 12 de junio de 1824; segunda, del 18 de febrero de 1841; tercera, del 19 de marzo de 1864; cuarta, del 16 de octubre de 1871; quinta, del 12 de noviembre de 1872; sexta, 19 de febrero de 1880; séptima, del 4 de diciembre de 1883; octava, del 13 de agosto de 1886; novena, del 20 de enero de 1939; décima, 29 de noviembre de 1945; undécima, 7 septiembre de 1950; duodécima, del 8 de enero de 1962; décima tercera, del 15 de diciembre 1983. De esas trece Constituciones solo han sido objeto de reforma dos: la de 1939 y la de 1983. Asimismo, no podemos dejar de mencionar, que en El Salvador, como país integrante de la República Federal de Centroamérica, estuvo vigente la Constitución del 22 de noviembre de 1824 y, como miembro de la República de Centroamérica, del 9 de septiembre de 1921.

vaciones personales de los gobernantes o a circunstancias que no proporcionaban mérito para la modificación estructural del ordenamiento jurídico del Estado que descansaba básicamente en la Constitución”.²

Dentro de ese amplio número de Constituciones, hay dos que han dejado su huella en el constitucionalismo salvadoreño, ya que han introducido disposiciones que no solo hacen eco de las doctrinas constitucionales modernas de su época, sino que, además, conllevaron grandes transformaciones sociales y normativas a nivel nacional: las de 1886 y 1950.

Ahora bien, no podemos ignorar que algunas de estas trece Constituciones, si bien respondieron a motivaciones personales o a una determinada coyuntura política,³ introdujeron cambios con cierta trascendencia jurídica, a los cuales, por la naturaleza de este artículo, no nos referiremos detenidamente; sin embargo, no podemos dejar de destacar que muchos de ellos, tal como se expone en los apartados pertinentes, sirvieron para —al menos formalmente— abrir una nueva etapa dentro del constitucionalismo salvadoreño.

En otras palabras, algunas de las Constituciones que estuvieron vigentes en el siglo 19 y en el 20, no tenían por objeto efectuar transformaciones sustanciales en la sociedad salvadoreña de la época, pero, aquellas pocas novedades que introducían, que en un primer momento únicamente tenían mera trascendencia jurídica, fueron la génesis de un movimiento que se consolidaría en una Constitución posterior.

² René Fortín Magaña, *Constituciones Iberoamericanas. El Salvador*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, <http://www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1575>, consultado el 14 de enero de 2016.

³ Por ejemplo, la Constitución de 1872 —que al igual que la de 1871 eran liberales de espíritu y conservadoras por el texto— afirmación que se hace dado que quien había promovido a la llegada al poder la anterior, fue el que al año siguiente hizo lo mismo respecto a la Constitución citada; lo que ha motivado que la doctrina nacional la considere como producto del primer autogolpe de estado que se dio en el país. Dicho calificativo —personalistas o para responder a una determinada coyuntura— lo tienen las siguientes Constituciones —1880 y 1883—, puesto que ambas responden a la misma ideología liberal —y de espíritu autocrático— que se concretará en un primer momento en la Constitución no nata de 1885 y, posteriormente, en la Constitución liberal de 1886 que sí entró en vigencia. Véase, Ricardo Gallardo, “Las Constituciones de El Salvador”, *Historia de la integración racial, territorial e institucional del pueblo salvadoreño*, Madrid, Ediciones de Cultura Hispánica, 1961, pp. 666- 671.

Es decir, las disposiciones constitucionales que en un primer momento sirvieron para justificar la promulgación de una nueva Constitución —con trascendencia meramente jurídica—, en algunos de los casos fueron el origen de una nueva corriente de pensamiento que se concretaría más adelante.

Dicho lo anterior, en este trabajo, dado que pretendemos hacer referencia a la incidencia que la Constitución mexicana de 1917 tuvo en el constitucionalismo salvadoreño, nos limitaremos a analizar las Constituciones que recibieron dicha influencia y los antecedentes de las mismas, específicamente, cómo se concreta el pensamiento liberal y el paso primigeniamente tímido de éste al constitucionalismo social.

Por otro lado, no podemos dejar de señalar, que en El Salvador también estuvieron vigentes las Constituciones Federal de Centro-América del 22 de noviembre de 1824 —que es posterior a la salvadoreña de junio de ese mismo año— y la de la República Federal de Centroamérica del 9 de septiembre de 1921, las cuales concretan las aspiraciones unionistas de la época.⁴ Por la naturaleza de este trabajo nos limitaremos a analizar la Constitución del 9 de septiembre de 1921, con el fin de determinar la incidencia que la Constitución mexicana de 1917 tuvo en ésta.

CONSOLIDACIÓN DEL LIBERALISMO

En 1871, época en la que ya habían estado vigentes tres Constituciones —que sin duda incorporaban algunos destellos importantes del liberalismo— se decreta una nueva Constitución, en la que comienza a visualizarse con mayor claridad la influencia del liberalismo,⁵ en la me-

⁴ El Salvador siempre fue parte de los esfuerzos unionistas de la época, tanto del original de 1824, del que fueron parte Costa Rica, Nicaragua, Honduras y Guatemala, como de los siguientes de 1898, en el que participaron Nicaragua y Honduras, y el de 1921, en el que intervinieron Honduras y Guatemala. Incluso, en la actualidad, en la Constitución de 1983, el artículo 89 establece que El Salvador promoverá la integración con las repúblicas del istmo centroamericano y “propiciará la reconstrucción total o parcial de la República de Centro América, en forma unitaria, federal o confederada...”.

⁵ Así lo pone de manifiesto el doctor *in fieri* Reynaldo Galindo Pohl, presidente de la Asamblea Constituyente, en el discurso de inauguración de la misma en mayo de 1950, quien al respecto señaló, que la corriente liberal llegó desde que nacimos a la vida independiente, incluso en las postrimerías del coloniaje, corriente que “culminó en mil

dida que en ésta, al igual que las siguientes de 1872, 1880 y 1883, se empiezan a reconocer paulatinamente más derechos de libertad y mecanismos para resistir —formalmente⁶— en mejor medida a los abusos del poder por parte de los gobernadores de la época.⁷

Dentro del primer grupo de disposiciones podemos destacar, entre otras, la que permitió la tolerancia del culto público de las sectas cristianas (artículo 6o. de 1871); precisó y amplió el hábeas corpus, dado que no sólo pueden solicitarlo los salvadoreños sino también los extranjeros (artículo 115 de 1871); consagró el derecho de petición (artículo 107 de 1871); garantizó el libre ejercicio de todas las religiones (artículo 14 de 1883); reconoció el derecho de acceso a la jurisdicción y prevé el derecho de los extranjeros de recurrir a la vía diplomática en caso de denegación de justicia (artículo 17 de 1883) y, estableció la irretroactividad de las leyes (artículo 21 de 1883).

Dentro del grupo de disposiciones que introducen mecanismos para resistir los abusos del poder, citamos, entre otras, la que establece, dentro de las atribuciones de la Asamblea Legislativa, el voto de censura contra los ministros de Estado (artículo 36 apartado 22 de 1871); garantiza la independencia de los tres poderes (artículo 5 de 1871); el sistema rígido de reforma constitucional (127 de 1871); prohibió la reelección inmediata (artículo 43 de 1871); fortaleció el poder judicial, a quien corresponderá el nombramiento de jueces (artículo 48 y

ochocientos ochenta y seis”, y es la que le imprimió a las leyes su concepción liberal. Asamblea Constituyente, *Documentos históricos 1950-1951*, República de El Salvador, Imprenta Nacional, p. 31.

⁶ El carácter formal de muchas de sus disposiciones queda evidenciado en la misma Constitución, dado que, por ejemplo, en la de 1880, que prevé la alternabilidad en el poder y la prohibición de reelección, incorpora una disposición transitoria (artículo 131) que establece que por “ésta sola vez” la Asamblea Constituyente nombrará y posesionará al presidente de la República. En el mismo sentido se ha pronunciado la doctrina nacional, la que señala que los principios y buenas intenciones que introducían las Constituciones merecían aprobación, pero que, dado que nunca se concretaron, no se puede hacer una valoración sobre su incidencia en el país. Ricardo, Gallardo, *op. cit.*, nota 3, p. 657.

⁷ Cabe destacar que de esas cuatro Constituciones, las que realmente introducen novedades de especial trascendencia, son las de 1871 y 1883, puesto que de la 1872 y 1880, en el mejor de los casos se limitan a reiterar lo previsto en la de 1871 y, la de 1883, incorpora derechos y mecanismos de resistencia, que se han mantenido en Constituciones posteriores.

siguientes de 1871) e introduce la acción popular por infracción a la Constitución (artículo 9o. de 1883).

La Constitución de 1886, es —a la fecha— la que ha estado vigente durante más tiempo en el país —hasta 1939, es decir, 53 años—, lo cual tiene varias explicaciones. Por un lado, dado que en dicho cuerpo normativo es donde se terminan de concretar las aspiraciones liberales que se venían vislumbrando tímidamente en las anteriores, las que, en muchos países de la América Latina, ya se habían introducido en sus Constituciones.⁸ Y, por otro, porque fue producto de un movimiento político —la denominada revolución de 1885⁹— en el que participaron, sin distinción partidaria alguna, los más destacados elementos de la sociedad salvadoreña; es decir, si bien es una Constitución que es producto de una revolución, en su elaboración no sólo intervinieron los vencedores sino también los vencidos.

Por la naturaleza de este trabajo no nos detendremos a señalar las novedades que introduce esta Constitución;¹⁰ pero sí los rasgos que la singularizan: *i.* Reitera, precisa o amplía el contenido de muchas de las disposiciones que ya se habían introducido en las anteriores, particularmente en el tema del reconocimiento mayores libertades —se amplía, por ejemplo, el contenido de la libertad religiosa—; *ii.* Introduce más mecanismos de protección de la persona frente al Estado —por ejemplo, el derecho a pedir amparo— y los abusos de poder —derecho del pueblo a la insurrección— y; *iii.* El rol que le atribuye al Estado es limitado, particularmente de mero vigilante de la actividad de los particulares.

Dicho lo anterior, la Constitución de 1886 podemos calificarla como de cierre de una etapa y apertura de otra, en la medida que ter-

⁸ Al respecto véase: Ricardo, Gallardo, *op. cit.*, nota 3, pp. 686 y *Las Constituciones de la República de El Salvador 1824-1962*, El Salvador, Unidad Técnica Ejecutora, 1993, t. II B, p. 877.

⁹ Una explicación más detallada sobre la revolución de 1885; véase: Ricardo, Gallardo, *op. cit.*, nota 3, pp. 673-683 y *Las Constituciones de la República de El Salvador 1824-1962*, *ibidem*, pp. 874 y 875; René, Fortín Magaña, *op. cit.*, nota 2, pp. 31 y 32.

¹⁰ Muchas de estas novedades ya habían sido introducido en la Constitución no nata de 1885; en concreto: se ampliaba la libertad religiosa (artículo 13); introducía el derecho a pedir amparo por violación de los derechos que garantizaba la Constitución (artículo 38); reconocía el derecho de insurrección de todo salvadoreño (artículo 36).

mina de concretar a nivel constitucional el liberalismo y es el punto de partida para la formulación de un nuevo constitucionalismo no sólo en El Salvador sino en la región centroamericana, tal como lo expondremos con posterioridad, el cual viene impulsado, en gran medida, por factores internos y externos.

LA PAULATINA INTRODUCCIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

Constitución Política de la República Federal de Centroamérica 1921

Durante la vigencia de la Constitución de 1886 con motivo de la celebración del primer centenario de la independencia, los delegados de las Repúblicas de Guatemala, Honduras y El Salvador,¹¹ en cumplimiento al Pacto de Unión firmado en San José, Costa Rica en enero de 1921, e inspirados en la letra y el espíritu de dicho pacto y en el sentimiento general de los habitantes de la región¹² decretaron la Constitución Política de la República Federal de Centroamérica.

Dicha Constitución federal, conforme a su artículo 209, entró en vigencia el uno de octubre de 1921, la cual fue efímera, dado que el cinco de diciembre del mismo año se produjo un golpe de Estado en la República de Guatemala, lo que propició que en enero de 1922 dicho integrante de la federación recabara para sí la plenitud de su soberanía, lo que también fue hecho por el resto de miembros.

No obstante lo anterior, dicha Constitución fue el primer cuerpo normativo que ha estado vigente en El Salvador, en el que hizo eco esta nueva corriente del constitucionalismo —que surgió con la Constitución mexicana de 1917 y que había sido retomado ya por la Constitución de Weimar de 1919¹³—, puesto que algunas de sus

¹¹ A pesar que únicamente participaron esos tres países, en el artículo 2o. de la Constitución declara que por motivaciones étnicas, geográficas e históricas, también debe de integrar la federación Nicaragua y Costa Rica; razón por la que se les seguirá considerando parte de la familia centroamericana y cuya integración venía prevista en el artículo 208.

¹² Tomado del considerando único de la Constitución.

¹³ Es sumamente interesante la reflexión que hace García Laguardia sobre el menor impacto que tuvo la Constitución mexicana respecto al que tuvieron otras, por ejemplo la de Weimar, quien señala que ello se debe a “la falta de estudios jurídicos en el período

disposiciones reproducen el texto y el espíritu de la recién decretada Constitución mexicana de 1917.¹⁴

En concreto, la influencia en mención la podemos visualizar tanto en el título IV de la Constitución “De los Derechos y Garantías”, como en el VIII “Trabajo y Cooperación Social”, aspectos que comparemos en este apartado teniendo como criterio sistematizador la temática específica que se regula.

- a. Ejercicio de la profesión. El artículo 30 de la Constitución Federal de Centroamérica retoma básicamente el contenido del artículo 4.1 de la Constitución mexicana, en virtud del cual se garantizaba el ejercicio de cualquier profesión, industria, comercio, o trabajo lícito, libertad que sólo se podía limitar por los motivos previamente definidos y por decisión judicial o gubernativa.
- b. Jornada laboral. La Constitución de Centroamérica incorpora en su artículo 163, parte del contenido del artículo 123 de la de México, específicamente, en lo concerniente a la jornada máxima obligatoria diurna (artículo 123, apartado I), dado que respecto a la nocturna no prevé ningún límite concreto; es decir, no hace la diferencia entre una y otra; prevé un día de descanso por cada seis de trabajo, igual a la mexicana (artículo 123, apartado IV) y; la responsabilidad del patrono por accidentes de trabajo, eso sí con un regulación mucho más reducida que la de 1917 (artículo 123, apartado XV).
- c. Trabajo de mujeres y menores de edad. La Constitución de Centroamérica declara que el trabajo de las mujeres y menores de catorce años merece protección especial, no obstante, no esta-

inmediato posterior a la promulgación de la Constitución (lo que) influyó en que no tuviera la resonancia mundial inmediata que merecía. Asimismo, la promulgación de la Constitución alemana de Weimar y la excelente y amplia literatura jurídica que provocó hizo que ésta última si tuviera un impacto general más efectivo”. Jorge Mario García Laguardia, *Constitucionalismo social y la Constitución mexicana de 1917. Un texto modelo y precursor*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, pp. 69, consultable en <http://www.biblio.juridicas.unam>.

¹⁴ Sobre el tema; véase: Jorge Mario García Laguardia, *idem*. Sobre la situación particular de El Salvador respecto a la Constitución de 1921; véase: Ricardo, Gallardo, *op. cit.*, nota 3, pp. 720-722.

blece el contenido mínimo de dicha protección, el cual debe ser definido en la ley (artículo 164), a diferencia de la Constitución mexicana, la que determina un contenido mínimo, pero respecto a los mayores de doce años y menores de dieciséis (artículo 123, apartados II, III y V).

- d.* Escuelas rurales. La Constitución de Centroamérica establece la obligación de todo propietario agrícola de contribuir a la fundación y sostenimiento de escuelas rurales primarias (artículo 164), al igual como lo hace la Constitución mexicana (artículo 123, apartado XII); sin embargo, ésta en el mismo apartado establece otras obligaciones, como la de ofrecer habitaciones cómodas e higiénica, enfermería y demás servicios necesarios a la comunidad.
- e.* Consumo de bebidas alcohólicas. La Constitución mexicana prohíbe el establecimiento en centros de trabajo, de expendios de bebidas embriagantes y de casas de juegos de azar (artículo 123, apartado XII), aspecto que no es regulado en la de Centroamérica como prohibición sino como deber general de restringir gradualmente el consumo de bebidas alcohólica, es decir, sin circunscribirlo a un ámbito concreto de la vida nacional (artículo 172).
- f.* Derechos de asociación, huelga y paro. La Constitución mexicana, además de reconocer los derechos de asociación (artículo 123, apartado XVI), huelga (artículo 123, apartados XVII y XVIII) y paro (artículo 123, apartados XVII y XIX), contiene una regulación bastante precisa al respecto; reconocimiento y regulación que el caso de la de Centroamérica, se limita al derecho de huelga (artículo 166).
- g.* Protección de familia y su patrimonio. La Constitución de Centroamérica crea el Instituto de Reformas Sociales, el cual tiene, dentro de sus atribuciones, proteger el matrimonio, la familia y su patrimonio (artículo 171.1, letra c), protección que en el caso de la Constitución mexicana se restringe al patrimonio familiar, con la particularidad que en la misma disposición se establecen medidas específicas (artículo 123, apartado XXVIII).
- h.* Protección a la previsión. Una y otra Constitución establecen mecanismos dirigidos a proteger la previsión; sin embargo, las

modalidades establecidas en la Constitución mexicana (artículo 123, apartado XIX) son mucho más amplias que las que introduce la de Centroamérica (artículo 170), puesto que en aquélla está prevista para invalidez, vida, cesación involuntaria de trabajo, accidentes y otros con fines análogos y, en ésta, para el fin genérico de ahorro.

Ahora bien, a pesar de la influencia directa que la Constitución mexicana de 1917 había tenido en la Constitución de la República Federal de Centroamérica de 1921, la misma en El Salvador, como normativa de Estado unitario, no fue inmediata sino que llegó más de 17 años después, con la particularidad que no pretendió responder a un momento histórico nacional sino más bien satisfacer un interés eminentemente personal, tal como se expondrá posteriormente; a pesar de ello, es decir, que los cambios solo tuvieron —aparentemente— transcendencia normativa, dado que nunca se adoptaron las medidas pertinentes con el fin de concretarlos, no podemos ignorar que los mismos vienen a materializar parte de las aspiraciones de la sociedad de la época, algunas que no eran nuevas y que podemos ubicar en las Constituciones precedentes —como aquellas que tienen por objeto limitar o controlar cada vez más el poder del Estado— y otras que sí responden a la nueva realidad económica y social del país e incluso, internacional.

Dicho lo anterior, en las Constituciones salvadoreñas que analizaremos a continuación, encontraremos disposiciones que paulatinamente van retomando muchas de las ideas plasmadas primigeniamente en la Constitución mexicana de 1917, y que su contenido fue retomado o inspiró tanto el de otras Constituciones así como de cuerpos normativos de carácter internacional, cuyos rasgos generales¹⁵ son:

- a. Acentúan los mecanismos de control de la actividad del Estado, particularmente los relacionados con la justicia constitucional, la cual se consolida a nivel normativo cada vez más;

¹⁵ Rafael Sánchez Vásquez, “La trascendencia del constitucionalismo social en América de Latina (caso México)”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 27, julio-diciembre de 2012, pp. 251-309, y Sergio García Ramírez, “Raíz y horizonte de los derechos «sociales» en la Constitución Mexicana”, *Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio*, San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998, vol. I, pp. 83.

- b. Cambio de filosofía, la cual ya no tiene como fundamento el derecho natural que garantiza el fuero del individuo frente al poder del Estado, sino que éste trasciende, de forma tal que lo que pretende es asegurarle a los habitantes de la República la plenitud de su personalidad y la vida digna.
- c. Modifican del rol del Estado, quien a partir de las transformaciones que se han producido en la sociedad y en la economía, debe de asumir funciones que anteriormente eran impensables, como, por ejemplo, arbitrar las relaciones entre capital y trabajo, obrero y patrono; intervenir en la salud, cultura, familia, economía y, en general, lograr la justicia social.
- d. Evidencian la importancia cada vez mayor de las relaciones del Estado salvadoreño con otros estados, no solo de la región centroamericana como tradicionalmente había sido sino también con otros, así como con organismos internacionales que cada día van adquiriendo mayor peso internacional y la normativa que de ellos emana;
- e. Reconocen nuevos derechos a las personas, con mayor intensidad en materia laboral, pero también en otras áreas como educación, salud, vivienda.

Constitución de 1939

Tal como señalamos con anterioridad, la Constitución de 1939 tiene una clara inspiración personalista, puesto que su objetivo principal era lograr que el general Maximiliano Hernández Martínez se mantuviera en el poder cuatro años más después de la conclusión de su primer mandato,¹⁶ que vencía en marzo de 1939, lo cual, conforme a la Constitución vigente (artículo 82), no era posible, dado que para ser reelecto era

¹⁶ El artículo 91.3 pone en evidencia las motivaciones personales de la Constitución, el cual dispone que “Excepcionalmente, y por exigirlo así los intereses nacionales, el ciudadano que ha de ejercer la Presidencia de la República del primero de marzo del corriente año al primero de enero de 1945, según esta Constitución, será electo por los Diputados de la Asamblea Nacional Constituyente, sin que esta única vez tengan aplicación las incapacidades a que se refiere el Artículo 94”.

necesario que hubiera transcurrido un período de cuatro años después de la finalización de su mandato presidencial.¹⁷

Ante dicha situación y con el fin de darle cobertura constitucional a un nuevo mandato presidencial, el general Hernández Martínez decidió recurrir a una herramienta de la que ya habían hecho uso otros presidentes para lograr ese objetivo, con la peculiaridad que utiliza como órdago algunas reivindicaciones de la sociedad de época, que —incluso— ya se habían visto materializadas en otros países, tal como se acotará con posterioridad.

Es así como se inició una campaña en los medios de comunicación afines, dirigida, por un lado, a señalar que era necesario modelar las instituciones de la República al unísono con los progresos de la democracia y que la vigente era vetusta e insuficiente para abarcar en toda su complejidad los problemas de índole económica y social a los que se abocaba el país, después de la crisis que acababa de sufrir y, por otro, poner de manifiesto que muchas reivindicaciones sociales no fueron tomadas en consideración al momento en que se elaboró la vigente Constitución, dado que amplios sectores fueron excluidos, particularmente, las masas trabajadoras.¹⁸

Adicional a lo anterior, no podemos perder de vista la incidencia que tuvieron factores externos de cara a crear un clima favorable en la sociedad salvadoreña para proceder a decretar una nueva Constitución, particularmente, el que tuvo que en la República de Guatemala ya se había iniciado el camino hacia el nuevo constitucionalismo creado en la Constitución mexicana, a través de reformas constitucionales del 11 de marzo de 1921 y el 20 de diciembre de 1927.

En concreto, en la reforma de la Constitución guatemalteca efectuada en 1921, específicamente al artículo 20, se incorporan disposiciones que reconocen el carácter libre del trabajo y el derecho a una remuneración justa (artículo 20.1); la facultad de empleados y operarios industriales de suspender individual y colectivamente el trabajo (artículo 20.2); el deber del Estado de fomentar las instituciones de previsión

¹⁷ Sobre la coyuntura nacional en la que se fraguó la Constitución de 1939; Véase: Ricardo Gallardo, *op. cit.*, nota 3, pp. 750-759 y *Las Constituciones de la República de El Salvador 1824-1962*, *op. cit.*, nota 8, pp. 881-883.

¹⁸ Ricardo, Gallardo, *op. cit.*, nota 3, pp. 756.

y solidaridad social (artículo 20.3); el deber del Estado de dictar leyes sobre la organización general del trabajo y garantizar la vida y la salud de los trabajadores (artículo 20.3). Y, en la misma dirección, la reforma que se hizo en 1927, que introduce una disposición que establece el deber del Estado de conservar y mejorar las condiciones generales de la existencia y el bienestar de la nación, procurando el incremento de la riqueza pública y privada, creando y fomentando instituciones de crédito y previsión social, y proveyendo adecuadamente a la solución de los conflictos entre el capital y el trabajo (artículo 16.2).¹⁹

En ese contexto, la influencia de la Constitución mexicana en El Salvador en este primer momento la podemos calificar como tímida, no obstante, tal como había sucedido en el siglo anterior con la introducción del liberalismo en el constitucionalismo del país, es la que abre la brecha para que en las siguientes Constituciones se termine de concretar el constitucionalismo social en El Salvador.

Específicamente, la influencia de la Constitución mexicana de 1917 en la salvadoreña de 1939 se visualiza en el capítulo II denominado “Familia y Trabajo”, el cual forma parte del título V “Derechos y Garantías”, capítulo en el que se incorpora una nueva regulación en las temáticas que señalarán con posterioridad, no obstante, consideramos oportuno señalar, como aspecto común a toda la regulación, que ésta se caracteriza por fijar obligaciones y deberes al Estado, pero sujetas a un posterior desarrollo legislativo.

- a. Familia. La Constitución reconoce el deber del Estado de proteger a la familia (artículo 60), pero a diferencia de la Constitución mexicana en la que se establecen una cantidad importante de mecanismos dirigidos a dicho fin (artículos 27, VII, letra f y 123, apartados XXIV y XXVIII), en la salvadoreña la única medida específica de protección es la concerniente al bien de familia (artículo 61).
- b. Protección a la maternidad e infancia. Igualmente, la Constitución de 1939, establece el deber del Estado salvadoreño de proteger, a través de leyes que se dicten al efecto, la maternidad

¹⁹ Véase sobre la reforma a la Constitución guatemalteca: Jorge Mario García Laguardia, *op. cit.*, nota 13, p. 69.

- e infancia, a diferencia de cómo lo hace la Constitución mexicana, la que define una serie de medidas específicas (artículo 123, apartado II).
- c. Protección del trabajo. La Constitución salvadoreña declara el deber del Estado de proteger el trabajo a través de leyes que se dicten al efecto, con el fin de lograr que las relaciones entre patronos, empleados y obreros sean justas y equitativas (artículo 62), pero no concreta, como sucede en la Constitución mexicana, las medidas específicas (artículo 123).
- d. Trabajo de menores y mujeres. La Constitución salvadoreña únicamente fija la necesidad de establecer una regulación particular para el trabajo de mujeres y menores de dieciocho años, pero al igual que en los otros casos, no determina medidas concretas de protección, tal como lo hace la Constitución mexicana (artículo 123, apartados II, III y V).
- f. Solución de conflictos. La Constitución salvadoreña, con alguna similitud a la contenida en la mexicana (artículo 123, apartado XX), prevé la creación de un Tribunal de arbitraje y conciliación para resolver los conflictos entre capital y trabajo o entre patrono y empleado u obrero (artículo 63), lo que constituye una novedad, dado que en la de 1886 únicamente se preveía la solución de conflictos a través de métodos alternos —transacción y arbitramento— para asuntos civiles (artículo 17).

Esta Constitución fue reformada en 1944 con el fin principal de extender el mandato presidencial del General Martínez hasta 1949, quien fue derrocado en mayo de del mismo año.

Constitución Política de 1945

El 29 de noviembre de 1945 se decreta una nueva Constitución —conocida por algunos como la Constitución de 1886 pero conservando algunos principios de 1939 y algunas reformas introducidas a ésta en 1944²⁰— la cual, consideramos, da un paso más en la introducción

²⁰ Ricardo, Gallardo, *op. cit.*, nota 3, p. 772. En el mismo sentido: *Las Constituciones de la República de El Salvador 1824-1962*, *op. cit.*, nota 8, p. 888.

del constitucionalismo social que ya desde 1917 inspiraba a la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, puesto que, a pesar de que al igual que muchas de las anteriores era producto de la inestabilidad política de la época, hay una ampliación importante del catálogo de derechos y una clara modificación de los roles del Estado.

Las principales novedades las encontramos en el título XIV denominado “Familia y Trabajo”, las cuales, al igual que en los apartados anteriores, sistematizaremos en torno a la temática que regulan.

- a. Protección y fomento propiedad. Esta Constitución, al igual como lo hace la mexicana en diversas disposiciones respecto a los trabajadores (artículo 123, apartado XXX), establece el deber del Estado de proteger y fomentar la adquisición y conservación de la pequeña propiedad rural, así como la construcción de viviendas cómodas e higiénicas para la población rural y urbana (artículo 154.1).
- b. Derecho al trabajo. Por primera vez se reconoce a nivel constitucional, no sólo el deber de proteger el trabajo como lo hacía la de 1939, sino que, además, se le confiere la categoría de derecho, cuyo ejercicio deberá ser potenciado por el Estado, quien deberá emplear sus recursos para proveer ocupación (artículo 155).
- c. Legislación especial. Al igual que lo hace la Constitución mexicana (artículo 123.1), esta Constitución, por primera vez, establece la necesidad de promulgar una normativa especial en materia laboral que respete el derecho de los empresarios o patronos, procurando la armonía entre el capital y el trabajo (artículo 156.1)
- d. Salario mínimo. La Constitución salvadoreña establece el deber del Estado de proteger el salario y fija criterios para su determinación (artículo 156.1 apartados 1o. y 2o.), adoptando, al igual como lo hace la mexicana, un sistema de determinación periódica por Comisiones que se integren al efecto (artículo 123, apartados VII y IX).
- e. Jornada de trabajo. Por primera vez se establece la necesidad de que haya una jornada laboral máxima según sexo y edad y, asimismo, sobre el trabajo extraordinario (artículo 156.1, apartado 3o.), no obstante, no define, al igual como lo hace la mexicana

- (artículo 123, apartados I, II, III y XI), criterios para su fijación, sino que lo deja sujeto a la libertad de configuración del legislador.
- f. Descanso semanal. Esta Constitución (artículo 156.1, apartado 4o.) retoma la regla contenida sobre esta temática en la Constitución mexicana (artículo 123, apartado IV), en la medida que reconoce el derecho a un día de descanso por seis de trabajo; sin embargo, la salvadoreña adiciona el tema de las vacaciones pagadas después de un año de trabajo (artículo 156.1, apartado 4o., número 2).
 - g. Indemnización por accidente de trabajo. Aunque no con tanto detalle como lo hace la Constitución mexicana (artículo 123, apartados XIV y XXII), esta Constitución reconoce el derecho a indemnización adecuada en caso de accidente de trabajo, enfermedades profesionales y despidos injustificados (artículo 156.1, apartado 6o.).
 - h. Irrenunciabilidad de derechos. La Constitución salvadoreña en forma abstracta declara la irrenunciabilidad de los derechos laborales (artículo 156.1, apartado 7o.), expresión que si bien no es utilizada en la mexicana, ésta las prevé como causas de nulidad del contrato laboral (artículo 123, apartado XXVII).
 - i. Locales de trabajo. La Constitución mexicana establece la obligación de patronos de tener en la instalación de sus establecimientos, medidas de higiene, salubridad y seguridad, entre otras (artículo 123, apartado XV); sin embargo, la salvadoreña lo prevé como el derecho de los trabajadores para que se señalen las condiciones que deben reunir los locales de trabajo y las seguridades que se deban adoptar para garantizar su vida y salud (artículo 156.1, apartado 8o.).
 - j. Derecho de huelga y paro. En esta Constitución se reconoce, por primera vez, el derecho a la huelga y al paro (artículo 160), pero sujetos a un desarrollo legislativo posterior; a diferencia de cómo lo hace la Constitución mexicana en la que se define con bastante precisión (artículo 123, apartado XVII).
 - k. Seguro social obligatorio. Una de las novedades que introduce esta Constitución (artículo 157), es el seguro social obligatorio

con el concurso del Estado, patrono y trabajadores, al que no se refiere en forma explícita la Constitución de 1917, aunque sí declara de utilidad pública a las Cajas de Seguros Populares, de invalidez, de vida, de cesación involuntaria, de trabajo, de accidentes y otros con fines análogos, cuya organización deberá fomentar el Gobierno Federal como de cada Estado (artículo 123, apartado XIX).

1. Instituciones de auxilio social. La Constitución salvadoreña establece el deber del Estado de fomentar la creación de instituciones de auxilio social, los establecimientos de crédito y ahorro, y la formación de toda clase de cooperativas (artículo 158), previsión que de alguna forma coincide con la contenida en la Constitución mexicana, en la que se declara de utilidad pública las sociedades cooperativas para la construcción de casas baratas e higiénicas destinadas a ser adquiridas por los trabajadores (artículo 123, apartado XXX).

CONSTITUCIÓN DE 1950: CONCRECIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

En 1948 la historia se repite en El Salvador, puesto que el presidente de la República de la época, el general Salvador Castaneda Castro, intenta perpetuarse en el poder,²¹ a pesar de que la Constitución (artículo 82) de 1945 —que por cierto, había sido decretada a instancia suya— establecía con precisión que el período presidencial era de cuatro años y que finalizaba el 1o. de marzo de 1949 (artículo 5o.), sin posibilidad de reelección inmediata sino hasta transcurrido igual periodo que comenzará y concluirá el primero de marzo del año de la renovación.

Ante dicha circunstancia, una Junta Militar provocó su destitución al día siguiente de la emisión del decreto a través del que se hacía ree-

²¹ Afirmamos que la historia se repite, puesto que varias de la Constituciones salvadoreñas han respondido a intentos del presidente de la República de la época a perpetuarse en el poder, el que intentaban alcanzar mediante la derogación de la Constitución vigente —que incluso en algunos casos había sido decretada a instancia propia— que prohibía la reelección inmediata. Ejemplo de ello es la Constitución de 1883 y la reforma de 1944.

legir²² —incluso sin concluir el periodo presidencial—, la cual, pocas horas después, se integraba en forma de Consejo compuesto por tres militares jóvenes y dos civiles.²³

Dicho organismo, que por cierto asumió los tres poderes del Estado, se denominó Consejo de Gobierno Revolucionario, quien en los mismos considerandos del “Decreto núm. 1o.” del 16 de diciembre de 1948, expresó su intención de efectuar grandes transformaciones en el país, al declarar que:

[La] vida democrática debe asentarse sobre bases completamente nuevas y que el pueblo salvadoreño ha demostrado su firme voluntad de renovar las bases institucionales del país y destruir las camarillas que abusando de la fuerza y la mentira... han empeñado las mejores tradiciones políticas de la patria, han comprometido su prestigio en el exterior y han desvirtuado los fines de la organización gubernamental.

Este Consejo de Gobierno Revolucionario ejerció sus funciones hasta 1950, periodo en el que efectivamente emprende una serie de reformas al ordenamiento jurídico salvadoreño e implementa algunas leyes que nunca se habían decretado a pesar de existir mandato expreso al legislador —por ejemplo, en las Constituciones de 1939 y 1945— las cuales, de alguna forma, intentaban responder a las presiones internas²⁴ así como al contexto internacional favorable²⁵ en que se encontraba el país, que demandaban la transformación de las estructuras tradicionales que se habían observado durante casi toda su historia. Nos referimos a la Ley de Contratación Individual de Trabajo en Empresas

²² Jorge Rafael Cáceres Prendes, “Consideraciones sobre el discurso político de la Revolución de 1948 en El Salvador”, *Anuario de Estudios Centroamericanos*, Costa Rica, Universidad de Costa Rica, vol. 5, núm.15, 1979, pp. 33-52.

²³ El teniente coronel Manuel J. Córdova, mayor Oscar A. Bolaños, mayor Oscar Osorio; doctor Humberto Costa y doctor *in fieri* Reynaldo Galindo Pohl.

²⁴ Por ejemplo, los sindicatos ofrecieron un apoyo condicionado al Consejo, presentando las siguientes demandas: legislación de trabajo, libertad de organización sindical y restablecimiento de libertades democráticas, entre otras.

²⁵ En el ámbito internacional los precios del café se habían elevado, las experiencias industrializantes de América Latina, así como los cambios que experimenta el capitalismo de posguerra con su tendencia hacía la internacionalización del capital fundamentado en la industria.

y Establecimientos Comerciales e Industriales (1949); Ley del Seguro Social (1949), Ley de Procedimientos de Conflictos Individuales de Trabajo (1949) y la Ley de Sindicatos (1950).

En el año de 1950 el Consejo de Gobierno hace la convocatoria para elecciones a presidente de la República y Asamblea Constituyente, habiendo resultado electos en dichos cargos dos miembros del Consejo, en el primero, el mayor Oscar Osorio y, en el segundo, el doctor *in fieri* Reynaldo Galindo Pohl, quien fue designado como presidente de dicho Órgano.

Cabe destacar que desde la instalación de esta Asamblea Constituyente se tenía clara la idea de hacer grandes transformaciones en la estructura jurídica del país, de forma tal que la nueva normativa satisficiera las exigencias sociales de la época²⁶ —y no fuera, como había sucedido con las Constituciones de 1939 y 1945, una mera declaración de intenciones—, propósito que quedó plasmado en el discurso pronunciado por el representante del Consejo de Gobierno Revolucionario, mayor Oscar Bolaños y el presidente de la Asamblea Constituyente doctor *in fieri* y Reynaldo Galindo Pohl, en la sesión de instalación de la misma celebrada a las diez y nueve (sic) horas del día once de mayo de mil novecientos cincuenta.

Del discurso de contestación pronunciado por el presidente de la Asamblea Legislativa, no podemos dejar de hacer referencias a algunos pasajes del mismo, puesto que dibuja las líneas generales que caracterizarán este nuevo constitucionalismo que se terminará de concretar en esta Constitución, al declarar que:

[La] Asamblea debe de actuar a la altura de su época. La Constituyente de mil ochocientos ochenta y seis actuó a la altura de su época... El derecho Constitucional, es una doctrina científica que transforma de acuerdo con la historia. De aquellas ciudades estado que sirvieron a Aristóteles para inducir gran parte de su Política, al Estado Liberal que creó la Revolución Francesa, por ejemplo, va mucho distancia. Y también la hay entre este último y el Estado promotor del bien público, barruntado por la misma Francia en mil

²⁶ Sobre el contenido del discurso del representante del Consejo de Gobierno Revolucionario, véase: Asamblea Constituyente, *Documentos históricos 1950-1951*, Imprenta Nacional, República de El Salvador, pp. 30 y 31.

ochocientos cuarenta y ocho, mejor concretado en la República de Weimar y haciéndose realidad cada día, en la mayor parte de los Estados democráticos de hoy... Precisamente mantener los grandes principios, aunque con otros fundamentos filosóficos, muy lejano del derecho natural que garantiza el fuero del individuo dentro del poder absorbente del Estado, para asegurarle la plenitud de su personalidad y la vida digna que le corresponde dentro de la concepción de nuestra cara cultura de occidente. Por aquí se entra al dilatado campo social, económico y cultural, que dentro de las ideas imperantes urgen de la superlegalidad que otorgan las constituciones rígidas para librar las grandes aspiraciones populares de las veleidades del legislador ordinario... Nuestra época reclama cargar el acento de esta dimensión [la social] siempre que ese logro no signifique la pérdida de los atributos que dignifiquen la persona...²⁷

A continuación, identificaremos las novedades que introduce esta Constitución que consideramos son concreciones de ese nuevo constitucionalismo social, el cual en este momento, no sólo tiene como fuente la Constitución mexicana de 1917, sino también otras Constituciones e, incluso, instrumentos internacionales como la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales de 1948, que desde luego recibieron la influencia de aquélla con anterioridad a la salvadoreña.²⁸

Como punto de partida es importante señalar que esta Constitución introduce dos nuevos títulos que de alguna manera ponen en evidencia la corriente que inspira esta nueva Constitución: el IX “Régimen Económico” (artículos 135-149) y el XI “Régimen de Derechos Sociales”, este último compuesto por el capítulo I “Familia” (artículos

²⁷ *Ibidem*, p. 32.

²⁸ “Se ha procurado (refiriéndose al capítulo III trabajo) que esta materia quede tratada en la forma que generalmente aceptan las más avanzadas y democráticas Constituciones americanas y por la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá el año de 1948. Desde un punto de vista doctrinario no contiene novedades; pero para nuestro medio, en el cual los problemas del trabajo han tenido el olvido permanente de los Gobiernos, introduce preceptos que mejorarán las condiciones de vida de los trabajadores, defenderán el valor de la vida humana y darán base de justicia una pauta para la colaboración entre capital y trabajo”. Asamblea Constituyente, *op.cit.*, nota 26, p. 222.

180 y 181), capítulo II “Trabajo y Seguridad Social” (artículos 182-196), capítulo III “Cultura” (artículos 197-205) y capítulo IV “Salud Pública y Asistencia Social” (artículos 206-210) que son los que básicamente introducen la mayor parte de novedades que nos interesan respecto al tema de estudio.

Al igual como lo hemos hecho respecto a otras Constituciones, en esta haremos referencia a las importantes novedades que introduce, teniendo como criterio sistematizador, la temática específica que regula.

- a.* Trabajo como función social. Esta Constitución, a diferencia de las anteriores, califica al trabajo como una función social, que deberá ser protegido por el Estado, que no se considera artículo de comercio (artículo 182).
- b.* Salario. La Constitución salvadoreña introduce la igualdad salarial, con independencia de sexo, credo, sexo o nacionalidad (artículo 183, apartado 1o.), principio que introdujo la Constitución mexicana en el artículo 123, apartado VII. Asimismo, en esta Constitución se califica al salario mínimo como derecho, lo cual no había sido hecho por la de 1945 y, además, se introducen criterios para su fijación (artículo 183, apartado 2o.), tal como ya lo había realizado la Constitución mexicana (artículo 123, apartado VI).
- c.* Pago e Inembargabilidad del salario. Esta Constitución establece el deber de que los salarios se paguen en moneda de curso legal (artículo 183, apartado 4o.), tal como lo hace la mexicana (artículo 123, apartado X) y lo declara, al igual que las prestaciones sociales, como créditos privilegiados, así como lo hace la Constitución de 1917 (artículo 123, apartado XXIII). Asimismo, esta Constitución declara inembargable el salario, como lo hiciera la Constitución mexicana (artículo 123 apartado VIII), y, adicionalmente, los instrumentos de trabajo (artículo 183, apartado 3o.); salvo en aquellos casos en los que se reclamen alimentos, obligaciones de seguridad social, cuotas sindicales o impuestos.
- d.* Prima anual. Se establece el deber de los patronos de dar a los trabajadores una prima por cada año de trabajo; sin embargo, remite a la legislación secundaria la determinación de su cuantía con relación al salario (artículo 183, apartado 5o.).

- e.* Jornada de trabajo. Al igual como lo hace la mexicana (artículo 123 apartados I y II), fija la duración de la jornada ordinaria —o diurna—, pero para la nocturna —a diferencia que aquélla que establece el número de horas—, únicamente determina que debe ser inferior. De igual forma, prevé, pero sujeto a desarrollo legislativo, las horas extraordinarias (artículo 183, apartado 6o.) y descanso compensatorio (artículo 183, apartado 7o.).
- f.* Descanso remunerado y vacaciones. Se prevé por primera vez, el descanso remunerado en los días de asueto que señale la ley (artículo 183, apartado 8o.). Respecto a las vacaciones, si bien la Constitución de 1945 reconoció el derecho a vacaciones remuneradas, esta Constitución prevé además la prohibición de que éstas se compensen con dinero (artículo 183, apartado 9o.).
- g.* Trabajo de menores. Se prohíbe el trabajo de menores de catorce años y de aquellos que, habiéndola cumplido, sigan sometidos a la enseñanza obligatoria (artículo 183, apartado 10o.); sin embargo, al igual como lo hace la Constitución mexicana (artículo 123, apartados II y III), establece la jornada diaria —y además la semanal— para los menores de dieciséis años. Asimismo, prohíbe las labores insalubre y peligrosa para los menores de dieciocho años —dieciséis en la mexicana— y mujeres.
- h.* Descanso remunerado por maternidad. Se reconoce el derecho al descanso remunerado antes y después del parto y a conservar el empleo, así como la obligación de los patronos de instalar salas cuna y lugares de custodia para niños de las trabajadoras (artículo 184), regulación que encontramos bastante detallada en la Constitución mexicana (artículo 123, apartado V).
- i.* Accidentes, enfermedades profesionales y condiciones especiales de los establecimientos de trabajo. Al igual como lo hace la Constitución mexicana (artículo 123, apartado XIV), esta Constitución introduce la obligación de pagar indemnización y servicios médicos al trabajador por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (artículo 185). Adicionalmente, se establece el deber de ciertas empresas o establecimientos, que por sus condiciones especiales así lo requieran, a proporcionar al trabajador y su familia, habitaciones adecuadas, escuelas, asistencia médica y de-

más servicios y atenciones necesarios para su bienestar (artículo 186), previsión que encontramos en la Constitución mexicana (artículo 123, apartados XII y XIII).

- j. Seguridad social obligatoria. La Constitución de 1950 es más explícita que la de 1945 en el tema de la seguridad social obligatoria. Entre las novedades que incluye, es el reconocimiento de la seguridad social como un servicio público, asimismo, establece que el Estado y el patrono están excluidos de las obligaciones que le imponen las leyes, en la medida que sean cubiertas por el Seguro Social (artículo 187).
- k. Contrato de aprendizaje y trabajador a domicilio. La Constitución salvadoreña reconoce el contrato de aprendizaje estableciendo los parámetros mínimos de su desarrollo legislativo posterior, con el objeto de asegurar al aprendiz enseñanza de un oficio o profesión, tratamiento digno, retribución equitativa y beneficios de previsión y seguridad social (artículo 188). En esta Constitución, otra de las novedades que se introduce es la regulación de las condiciones mínimas del trabajador a domicilio. La norma constitucional establece el derecho de este trabajador a un salario mínimo, a una indemnización por pérdida de tiempo por retardo del patrono, y se le reconoce una situación jurídica análoga a la de los demás trabajadores (artículo 189).
- l. Trabajadores agrícolas y domésticos. La Constitución salvadoreña reconoce una protección especial a los trabajadores agrícolas y domésticos, lo cual no se había observado en sus Constituciones precedentes. La Constitución de 1950 recoge el derecho que poseen estos trabajadores, a la protección en materia de salarios, jornada de trabajo, descansos, vacaciones, indemnizaciones por despido y, en general, a las prestaciones sociales. La extensión y naturaleza de los derechos antes mencionados serán determinadas según las peculiaridades del trabajo. Asimismo, esta Constitución establece una equiparación de derechos entre las personas que presten servicios de carácter doméstico en empresas industriales, comerciales, sociales y demás equiparables, con los trabajadores manuales (artículo 190). En la Constitución mexicana, esta protección no se encuentra de forma explícita, aunque sí se

establece que en toda empresa agrícola, comercial, fabril o minera, los trabajadores tendrán derecho a una participación de las utilidades (artículo 123 apartado VI), además de las condiciones especiales para el trabajo previamente mencionadas (artículo 123, apartados XII y XIII).

m. Contrato Colectivo de Trabajo. Aunque en la Constitución salvadoreña de 1945 se reconocía la posibilidad de efectuar contratos colectivos de trabajo (artículo 156, apartado 7o.), la Constitución de 1950 es novedosa al regular con más amplitud sobre el tema. En esta última se establece que las cláusulas contenidas en los contratos colectivos de trabajo son de aplicación general para todos los trabajadores, independientemente del vínculo que éstos posean a un sindicato, o del tiempo de ingreso en la empresa respectiva. De igual forma, la norma constitucional efectúa una remisión a la legislación secundaria para el desarrollo uniforme de las condiciones de trabajo en las diferentes actividades económicas, con base en las disposiciones que contenga la mayoría de los contratos colectivos de trabajo en cada clase de actividad, con ello se otorga un reconocimiento importante a las cláusulas de este tipo de contratos, para la formulación de normas (artículo 191).

n. Derecho de asociación sindical y el derecho a la huelga y al paro. Esta Constitución incorpora por primera vez el derecho de asociarse libremente para la defensa de sus respectivos intereses, formando asociaciones profesionales o sindicatos (artículo 192), al igual como lo hace la Constitución mexicana (artículo 123, apartado XVI). Asimismo, tal como lo establece la Constitución mexicana (artículo 123, apartados XVII y XVIII) esta Constitución reconoce el derecho a la huelga y al paro. La diferencia con la Constitución salvadoreña de 1945 es que la de 1950 establece que serán regulados por ley y no por reglamento (artículo 193).

Jurisdicción especial en materia laboral. Otra novedad que introduce esta Constitución consiste en la creación de una jurisdicción especial en materia de trabajo y, además, reconoce la obligación de promover la conciliación y arbitraje para solucionar los conflictos de trabajo (artículo 194). Lo anterior también se

encuentra regulado en la Constitución mexicana (artículo 123, apartado XX).

- p.* Locales de trabajo y servicios de inspección. De la misma forma que la Constitución salvadoreña de 1945 (artículo 156.1, ordinal 8o.), la Constitución de 1950 reconoce ciertas condiciones que deben reunir los talleres, fábricas y locales de trabajo, las cuales están sujetas a desarrollo legislativo; sin embargo, una de las novedades que introduce esta Constitución, es la obligación del Estado de mantener un servicio de inspección técnica encargado de velar por el cumplimiento de las normas de trabajo, asistencia, previsión y seguridad social, de comprobar sus resultados y sugerir reformas legales pertinentes (artículo 195). En la Constitución mexicana, aunque no se prevé un servicio de inspección, sí se señala que ante la inobservancia de las condiciones mínimas de los establecimientos de trabajo, al patrono se le pueden imponer las penas indicadas por ley (artículo 123, apartado XV).
- q.* Irrenunciabilidad de derechos. Esta Constitución declara la irrenunciabilidad de los derechos laborales, pero a diferencia de la Constitución de 1945 (artículo 156.1, ordinal 7o.), además de indicar que los derechos consagrados a favor de los trabajadores son irrenunciables, introduce a todos aquellos que se deriven de los principios de justicia social (artículo 196), en ese sentido, la Constitución de 1950 es más amplia. La Constitución mexicana, tal como ya se había indicado supra, no utiliza la expresión referida, pero prevé como causas de nulidad cualquier disposición que implique la renuncia de los derechos laborales (artículo 123, apartado XXVII).
- r.* Salud pública y asistencia social. Esta Constitución introduce, por primera vez, un capítulo relativo a la salud pública y asistencia social, reconociendo la salud de los habitantes como un bien público (artículo 206), y la obligación del Estado de brindar asistencia gratuita a los enfermos que carezcan de recursos y, a los habitantes en general cuando sea para prevenir la diseminación de una enfermedad transmisible (artículo 207). Esta Constitución también reconoce novedosamente la obligación del Estado

- de tomar a su cargo a los indigentes, que por su edad o incapacidad física o mental, sean inhábiles para el trabajo (artículo 210).
- s. Educación integral y cultura. Aunque la Constitución de 1945 establece alguna regulación general sobre la educación, esta introduce como aspecto novedoso la conservación, fomento y difusión de la cultura y la educación como una obligación y finalidad primordial del Estado (artículo 197). En este ámbito, otra novedad introducida consiste en reconocer la vinculación que existe entre la educación y el pleno desarrollo de la personalidad de los educandos, con el fin de que presten a la sociedad una cooperación constructiva, con observancia de los derechos y deberes del hombre, lo cual no había sido regulado con anterioridad (artículo 198).
- t. Alfabetización, educación básica gratuita, enseñanza laica y no discriminación en la educación. Una novedad introducida por la Constitución de 1950 es el reconocimiento de la alfabetización como una actividad de interés social, cuya obligación es de todos los habitantes (artículo 200). Por otra parte, esta Constitución, al igual que las de 1939 y 1945, establece la enseñanza oficial laica, la educación primaria gratuita y obligatoria; la novedad consiste en reconocer esta educación básica como un derecho y deber de todos los habitantes (artículos 199 y 201), lo cual también se determina en la Constitución mexicana (artículo 3o.). Respecto a su alcance, esta Constitución incluye una importante disposición que regula la no discriminación en la admisión de alumnos en centros de enseñanza, lo cual no había sido regulado con anterioridad (artículo 202).
- u. Profesionalización de la docencia. La Constitución salvadoreña de 1950 otorga un interés primordial en la acreditación de capacidades para el ejercicio de la docencia, cuyas condiciones las remite al desarrollo legislativo (artículo 203).
- v. Régimen económico. Una de las novedades de la Constitución de 1950 consiste en establecer que el régimen económico debe responder a principios de justicia social (artículo 135) y, al igual que en la Constitución mexicana (artículo 27), garantiza la libertad económica en lo que no se oponga al interés social (artículo 136).

- w. Propiedad privada en función social. A diferencia de lo establecido en Constituciones previas, se reconoce y garantiza la propiedad privada en función social (artículo 137); la Constitución mexicana, aunque no utiliza los mismos términos, establece que el Estado tendrá todo el tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público (artículo 27).
- x. Fundamento social de la familia. Esta Constitución, al igual que la mexicana —aunque con una concepción diferente— (artículo 130, párrafo 3), reconoce a la figura jurídica del matrimonio; sin embargo, la Constitución salvadoreña introduce que el matrimonio es el fundamento social de la familia, el cual descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges (artículo 180).
- y. Protección especial de menores. Esta Constitución establece, por primera vez, el deber del Estado a proteger la salud física, mental y moral de los menores y garantizar su derecho a la educación y a la asistencia (artículo 180, párrafo 2).
- z. No discriminación entre los hijos y determinación de la paternidad. Esta Constitución introduce la igualdad de derechos de los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, y los hijos adoptivos (artículo 181). Adicionalmente, la Constitución de 1950 garantiza el desarrollo legislativo de las formas para determinar la paternidad. Lo anterior implica, un interés por la protección de los derechos de los hijos y determinación de la obligación de los padres (artículo 181).

CONCLUSIONES

La influencia de la Constitución mexicana de 1917 en la Constituciones salvadoreñas ha sido directa, particularmente en lo concerniente al constitucionalismo social que nace en dicha Constitución, la cual, si bien es cierto en un primer momento fue tímida y utilizada únicamente para justificar la promulgación de una nueva Constitución, es claro que es la que inspiró muchas de las reivindicaciones de la sociedad de la época.

Ahora bien, dado que en El Salvador el constitucionalismo social se consolida hasta en la Constitución de 1950 —es decir, 33 años des-

pués de vigente la Constitución mexicana—, la influencia de ésta en dicha Constitución no solo es directa sino también indirecta, puesto que algunas de sus disposiciones se inspiran en cuerpos normativos internacionales recién aprobados, que, de alguna manera, ya habían actualizado el contenido del constitucionalismo social.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASAMBLEA CONSTITUYENTE DE EL SALVADOR, *Documentos históricos 1950-1951*, República de El Salvador, Imprenta Nacional, 1951.
- CÁCERES PRENDES, Jorge Rafael, “Consideraciones sobre el discurso político de la Revolución de 1948 en El Salvador”, *Anuario de Estudios Centroamericanos*, vol. 5, núm.15, Costa Rica, Universidad de Costa Rica, 1979.
- FORTÍN MAGAÑA, René, *Constituciones Iberoamericanas. El Salvador*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005. Disponible en: <http://www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1575>, ISBN 970-32-1952-7.
- GALLARDO, Ricardo, “Las Constituciones de El Salvador”, *Historia de la integración racial, territorial e institucional del pueblo salvadoreño*, Madrid, Ediciones de Cultura Hispánica, 1961.
- GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, *Constitucionalismo social y la Constitución mexicana de 1917. Un texto modelo y precursor*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993. Disponible en: <http://www.biblio.juridicas.unam>.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Raíz y horizonte de los derechos «sociales» en la Constitución Mexicana”, *Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio*, San José, Costa Rica, vol. I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998.
- REPÚBLICA DE EL SALVADOR, *Las Constituciones de la República de El Salvador 1824-1962*, El Salvador, Unidad Técnica Ejecutora, 1993, t. II B.
- SÁNCHEZ VÁSQUEZ, Rafael, “La trascendencia del constitucionalismo social en América de Latina (caso México)”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 27, julio-diciembre de 2012.



THE MEXICAN CONSTITUTION OF 1917. AN EARLY EXAMPLE OF A TRANSFORMATIVE CONSTITUTIONALISM?

Rainer Grote*

INTRODUCTION

Over the last two decades, Latin America has witnessed a surge in progressive, post-liberal constitutionalism, which is referred to alternatively as “social constitutionalism” (*constitucionalismo social*), “new Latin American constitutionalism” (*nuevo constitucionalismo latinoamericano*), “popular constitutionalism” (*constitucionalismo popular*), “transformative constitutionalism” (*constitucionalismo transformador*), to mention only some of the most frequently used denominations. This raises the question to which degree this new Latin-American constitutionalism is indebted to the Mexican Constitution of 1917, the first Constitution in Latin America which transcended the constitutional struggles of the 19th century between the conservative and liberal elites of the newly independent Latin American countries to create a constitution with broad popular appeal that has been considered “the most radical constitution of its time in the world.”¹ Its “rad-

* Investigador en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y de Derecho Internacional Público. Profesor de Derecho en la Universidad de Heidelberg.

¹ Stuart Easterling, *The Mexican Revolution – A Short History 1910-1920*, Haymarket Books 2012, 129.

ical openness to the social question”² turned the 1917 Constitution into “the most enlightened statement of labour protective principles in the world to that date”³ which resonated far beyond national and even continental borders.⁴

THE GENESIS OF THE 1917 CONSTITUTION AND ITS BASIC FEATURES

The Historical Background of the 1917 Constitution: the Mexican Revolution

The Mexican Constitution of 1917 was the product of an extended period of political turmoil and civil war which became known as the “Mexican Revolution”. The initial period of the armed conflict ended with the overthrow of the authoritarian government of Porfirio Díaz (the *porfiriato*) who had ruled the country since 1876 and his replacement by the liberal Francisco I. Madero. Elected by a huge majority in October 1911, Madero quickly lost much of his political support when he proved unwilling or unable to satisfy the conflicting demands of the different groups which had backed the initial uprising against Díaz. Against the backdrop of worsening political and economic turmoil, Victoriano Huerta, the commander of the armed forces, decided to change sides and to mount his own coup against Madero. In February 1913 Francisco Madero, his brother and the Vice-President were arrested and assassinated while in custody.

Huerta’s coup opened a new stage in the unfolding of the armed conflict which more and more developed into a civil war between the traditional ruling oligarchies of Mexico City and the central areas on the one hand and groups from the northern border areas dissatisfied by the status quo on the other. Some of the rebel forces had radical, even

² Roberto Gargarella, *Latin American Constitutionalism 1810-2010: The Engine Room of the Constitution*, Oxford University Press, Oxford 2013, 100.

³ Charles C. Cumberland, *Mexican Revolution – The Constitutionalist Years*, University of Texas Press 1972, 347

⁴ Gargarella, *Latin American Constitutionalism* (supra note 2), at 100.

revolutionary ideas, notably Emiliano Zapata, who in the so-called Plan of Ayala had called for the wholesale return of lands occupied by the big hacienda owners to the Indian communities.⁵ Most of the leaders from the Northern border areas, however, did not fight for radical social reform. Some of them, like the Governor of Coahuila, Venustiano Carranza, had played an active role in provincial politics during the *porfiriato*. They rallied round the Plan of Guadalupe which called for a return to constitutional rule – their troops were aptly named the ‘Constitutionalist Army’ (*Ejército Constitucionalista*) – but did not contain a word on economic or social reform.⁶ The overthrow of the liberal Madero government and Huerta’s extensive concessions to the Church provided them with the opportunity to portray Huerta and his supporters as anti-liberal reactionaries bent on the preservation of a feudal and clerical order whose origins reached back to the days of the Spanish *conquista*. By April 1914 the tide of war began to turn against Huerta. His authority was dealt a fatal blow when he proved unable to prevent or reverse the US occupation of Veracruz, the major source of revenue for the Mexican government, in response to an alleged affront to the US government by the Mexicans through the arrest of US sailors in Tampico. In July 1914 Huerta resigned and went into exile.

Although the attempts of the old elites to restore the *ancien régime* had effectively failed with the forced departure of Huerta, the preparations for a convention to arrive at a new political settlement involved considerable wheeling and dealing among the victorious factions. Carranza, who had installed himself in the National Palace as provisional President, wanted to keep Pancho Villa and Emiliano Zapata, whose radicals plans for land reform he disliked, away from power.⁷ Villa and Zapata, on the other hand, tried their best to outmanoeuvre Carran-

⁵ John Womack, *The Mexican Revolution, 1910-1920*, in: Leslie Bethell (ed.), *The Cambridge History of Latin America*, vol. V, Cambridge University Press 1986, 89; Jesús Silva Herzog, *Breve Historia de la Revolución Mexicana: Los antecedentes y la etapa maderista*, Fondo de Cultura Económica, 6th edition Mexico City 1969, 216-218.

⁶ Womack, *Mexican Revolution* (supra note 5), 95; Jesús Silva Herzog, *Breve Historia de la Revolución Mexicana: La etapa constitucionalista y la lucha de facciones*, Fondo de Cultura Económica, 6th edition Mexico City 1969, 19.

⁷ Easterling, *Mexican Revolution* (supra note 1), 86.

za. They succeeded to attract support from some of Carranza's own lieutenants, among them Alvaro Obregón, a rancher from Sonora who had led the Army of the North-West. He joined Villa and Zapata in the town of Aguascalientes to approve a comprehensive redistribution of land to the peasants as proposed in the Plan of Ayala.⁸ However, subsequently Carranza was able to regain the loyalty of Obregón and to push back the forces of both Villa and Zapata. In October 1915 Carranza's government was recognised by the US, and he was able to proceed with his plans for a constitutional assembly which finally opened in Querétaro on November 21, 1916.

The Querétaro Convention

The delegates to the convention had been chosen in a national election based upon universal manhood suffrage. They included a substantial number of Carranza's closest collaborators and of military men who had served as state governors under him. But also among those elected were a great number of delegates who had never taken part in the national struggle, in either a military or a civilian capacity. All in all the Convention represented a broad spectrum of political views and social concepts, from the Zapatistas to the more conservative elements, with the exception of the "old conservatives" still attached to the *porfiriato*.⁹

The draft constitution submitted by Carranza to the Convention was essentially a rewording and reorganisation of the liberal Constitution of 1857. The main innovations concerned the structure of the political system: no reelection for the President or for state governors, direct rather than indirect election for all officeholders chosen by the electorate, the elimination of the vice-presidency, and a change in the procedure for selecting the President in case of his death or resignation. The draft provided for lay education, the joint use of communal indigenous lands (*ejidos*) and protection against monopolies on articles of prime necessities. Foreigners would be barred from land ownership unless they renounced the protection of their home state. By contrast,

⁸ Womack, Mexican Revolution (supra note 5), 111.

⁹ Cumberland, Constitutionalist Years (supra note 3), 332.

the draft did not address a number of economic and social issues which had played a prominent role in the conflict, including the ownership of the subsoil, the property of religious organisations, the agrarian question, or the rights of workers and labour organisations. While the draft Constitution could be considered as an improvement over the existing Constitution in terms of clarity and organisation, in no sense could it be viewed as heralding fundamental change.¹⁰

The draft would not remain unaltered, however. In the course of the deliberations it underwent profound changes, sponsored by people like Alvaro Obregón and his supporters who understood that the new Constitution had to go some way in addressing the needs of peasants and workers if social rebels like Zapata and Villa were to be prevented from recovering lost ground. As a result, the document which emerged from the debates in Querétaro was much more radical than the mere update of the liberal constitution of 1857 which Carranza and his supporters had envisaged at the outset.

Labour reform

Labour issues were originally addressed by Article 5 of the draft constitution which prohibited forced labour unless it was imposed as a penalty by a court, forbade any contract that limited personal or political freedom and limited personal labour contracts to one year's duration. The Commission on the Constitution, the most important of the nine working committees which was charged with the task of presenting a draft of each Article, accepted Carranza's text but made an important addition: it included a provision on the working hours which limited the maximum working day to eight hours, prohibited night work of women and children in industries and introduced a compulsory day of rest in every week. It quickly became obvious in the debate, however, that while most delegates sympathized with the proposed amendments, they deemed them to be insufficient to adequately address the needs of the working population. Instead the pressure grew for the elaboration of a whole new title on social and labour rights.

¹⁰ Cumberland, *Constitutionalist Years* (supra note 3), 340/41.

By coincidence, the cabinet minister under whose jurisdiction labour issues fell, Pastor Rouaix, was a delegate at the Convention, as was his secretary in the office. Rouaix, took it upon himself to set up an informal working group, with no official mandate, which discussed proposals for the drafting of one comprehensive article on labour and social rights. During early January in 1917 the group which comprised sometimes as many as fifty delegates, drafted and redrafted a proposal which sought to compress the guarantees needed for the protection of labour into one provision.¹¹ Finally they submitted their proposal to the Convention which, after much discussion and some minor changes, approved it unanimously as the new Article 123 of the Constitution. This Article, the second longest at the time, established a mandate and framework for the enactment of labour protection legislation by the central government and the States. The main elements of this framework were a maximum working day of eight hours (six for children between 12 and 16), a weekly day of rest, protection of pregnant women, the guarantee of a minimum wage sufficient to satisfy “the normal necessities of life of the worker, his education, and his honest pleasures”, equal pay for equal work, the right to organise and to strike. Moreover, the article stipulated doubly pay for overtime and required the installation of proper safety devices in the working place, the furnishing of adequate housing at low costs and schools when the enterprise was in an isolated area, the responsibility of the employer for work-related accidents and illnesses, provided for a procedure for settling conflicts between employers and employees through special employment tribunals and encouraged the formation of mutual insurance societies and cooperative housing organisations.

At that stage, the Convention had already come under severe pressure in meeting the deadline set for the completion of its work. According to the schedule fixed by Carranza at the beginning of the constitutional process, the Convention was due to finish its work

¹¹ Many years later, Rouaix would publish his memories of the Constitutional Convention in Querétaro and his role in the deliberations on the central provisions of the constitutional text, see Pastor Rouaix, *Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución política de 1917*, Biblioteca del Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, México 1961.

until January 31, 1917. But by mid-January only half of the Articles in Carranza's draft constitution had come before the Convention, and of those only 80 percent had been approved. On January 14, the Congress began to meet twice a day instead of once; in addition, the Committee of the Constitution introduced the practice to present whole blocks of the new Constitution to the Assembly, and the delegates in turn voted on as many as six or eight Articles simultaneously.¹²

Land reform

In these circumstances, the most significant of all constitutional provisions, i.e. those on property and property rights, received less attention than did others. The original draft Article 27 made only few additions to the relevant provisions of the 1857 Constitution. It limited public ownership of real estate, confined corporate property to that needed for its direct operations, barred any church or religious organisation from owning or managing any property other than that intimately related to its religious functions, and provided for expropriation on the ground of public utility. Other particularly pressing issues, like those concerning land reform, the public control of the subsoil and foreign ownership, were barely addressed at all.¹³

The draft fell far short of the expectations of a substantial majority of delegates. However, faced with severe time restraints, the Commission on the Constitution decided to use the technique it had applied to the redrafting of the Article on labour protection once again. As a consequence Pastor Rouaix again volunteered to chair an unofficial committee to work on the reexamination of the concepts of property and agrarian reform. His committee worked doggedly on the new draft Article for about ten days and presented its proposal on January 25 to the Committee of the Constitution. The Commission used the proposal as a basis for its own discussions but expanded upon it. On January 29 the new draft Article 27 was submitted to the Convention.

¹² Cumberland, *Constitutionalist years* (supra note 3), 348.

¹³ Cumberland, *Constitutionalist years* (supra note 3), 351.

After a mostly uncontroversial debate of eight hours the Article was adopted by unanimous vote.¹⁴

Article 27 was widely seen, then and later, as the most progressive provision of the whole constitution.¹⁵ Together with Article 123, it most clearly showed the basic shift which had taken place in Mexican constitutional thought since the beginning of the revolution: while the members of the Convention stuck to many of the liberal precepts in the 1857 constitution, especially with regard to the structure of the political system – federal system, separation of powers, bicameral legislature, civil and political rights guaranteed – they moved decisively beyond the confines of 19th century liberalism by accepting as a fundamental assumption the positive role of government in social and economic affairs.¹⁶

In particular, Article 27 marked a radical change in the concept of property rights, clashing with most traditional doctrines on the matter. Property rights were subordinated comprehensively to the needs of society. All big land holdings (*latifundia*) were subject to expropriation for the purpose of creating small private holdings or community properties (*ejidos*); towns, villages and communities that lacked lands had a right to receive them through either restoration or dotation. Any land expropriated for the purpose of establishing agricultural communities were to be compensated on the basis of the declared tax value, and the prior owner was obliged to accept twenty-year, five percent bonds in return.

Equally important, the Mexican nation declared its direct dominion over all subsoil deposits, including petroleum and all hydrogen carbides, solid, liquid, or gaseous. National ownership of these deposits was to be inalienable and imprescriptible, and concessions for exploitation could be granted only by the national government to individuals or corporations operating under Mexican law. The right of ownership was restricted to Mexicans; foreigners could acquire ownership rights

¹⁴ Cumberland, *Constitutionalist years* (supra note 3), 352.

¹⁵ Silva Herzog, *La etapa constitucionalista* (supra note 6), 258: “El artículo 27 que fue aprobado por unanimidad es, sin duda, el más avanzado de la Carta Magna vigente.....”

¹⁶ Cumberland, *Constitutionalist years* (supra note 8), 359.

only if they solemnly renounced the aid of their governments in case of difficulty. Failure to keep this promise would be sufficient justification for confiscation. New foreign investments were to be subjected to stringent conditions. In a display of their “deadly fear of wealth and vested interest”,¹⁷ the delegates also imposed stringent limitations on the ownership of domestic corporations and entities of any kind: churches, of whatever denomination, could not own or invest in real estate of any kind, and public institutions as well as businesses could own only property which was closely related to their function. In addition, the national government was authorized to revise or nullify any concession or contract made after 1876 (i.e. the year of Díaz’ accession to power) which had as its purpose or consequence the creation of a monopoly over land, water or natural wealth.

The Aftermath of Querétaro

The last task of the Convention consisted in the adoption of the transitory provisions. These provided for the immediate publication of the new Constitution, elections for President and Congress in the near future and authorized Carranza to issue the necessary decrees for the installation of the new government with a special session of Congress and the inauguration of the new President on May 1, 1917. In addition, the transitory provisions provided for the direct application of the bases established in the Constitution with regard to agrarian and labour reform until such time as the national and state governments passed legislation on these matters. On the afternoon of January 31, 1917, the Convention finished its work by swearing, in the presence of the First Chief Carranza, allegiance to the new Constitution. It was published in the *Diario Oficial* of the Federation on February 5 and entered into force – save the provisions on the election of the federal President and Congress and of the governors and legislatures in the States, which became effective immediately – on May 1, 1917.

The adoption of the new Constitution, however, did not mark the end of the era of armed conflict and political instability. It would take

¹⁷ Cumberland, *Constitutionalist years* (supra note 8), p. 354.

another decade before bloodshed and violent revolts finally subsided. During this period the bases for the post-revolutionary state were gradually created, by co-opting the new *caudillos*, i.e. the leaders of the trade unions and the agrarian leagues, into a corporatist political and social order and by creating a revolutionary mythology.¹⁸ Obregon's successor as President, Plutarco Elías Calles, took the historic decision to "institutionalize" the Revolution by founding the National Revolutionary Party – later to be redesignated as the Institutional Revolutionary Party (*Partido Revolucionario Institucional – PRI*) – which would put forward the victorious candidate at any presidential election for the rest of the twentieth century.¹⁹

While the principle of no-reelection was thus nominally reaffirmed, Calles himself succeeded in perpetuating his rule by ruling through proxy. It was left to the administration of Lázaro Cárdenas (1934-1940) to give the self-perpetuating, one-party state its definitive shape. Proxy rule through stooges which had been the preferred instrument of his predecessors to perpetuate their powerful position would no longer be accepted. The Mexican President would be all-powerful, but once his six years in office had been completed, he would be required to step down for good. While he would be given the opportunity to select his successor, this choice would have to be made in consultation with the bosses of the various branches of the party – agrarian, labour, military and popular – so as to arrive at an internal consensus which would also reflect the mood of the party's grassroots and of the country at large.²⁰

Cárdenas also executed the legacy of the revolutionary period in other important respects. He made an energetic effort to implement the social provisions of the 1917 Constitution through renewed agrarian reform which led to the massive redistribution of agrarian lands to small-holdings, co-operative profit sharing farms and *ejidos*, i.e. the traditional Indian communal holdings in which the title to land was

¹⁸ Easterling, Mexican Revolution (supra note 1), 140.

¹⁹ Jean Meyer, Mexico: revolution and reconstruction in the 1920s, in: Leslie Bethell (ed.), The Cambridge History of Latin America, vol. V (note 5), 155, at 169.

²⁰ Edwin Williamson, The Penguin History of Latin America, Penguin Books, Revised edition 2009, 399.

held by the community which then leased out lands to individual communities. In another important step, Cárdenas nationalized the oil industry, thus putting an end to the meddling of foreign oil companies in Mexican affairs and giving meaning to the claims of ownership of the Mexican State to the subsoil enshrined in the 1917 Constitution.²¹

TRANSFORMATIVE CHARACTER OF THE MEXICAN CONSTITUTION

*The concept of transformative constitutionalism
in the Latin American context*

It is only a short while ago that “transformative constitutionalism” has emerged as a distinct theoretical concept for analysing constitutions. In his seminal article “Legal Culture and Transformative Constitutionalism” Karl E. Klare defined transformative constitutionalism as

*“a long-term project of constitutional enactment, interpretation, and enforcement committed (not in isolation, of course, but in a historical context of conducive developments) to transforming a country’s political and social institutions and power relationships in a democratic, participatory, and egalitarian direction. Transformative constitutionalism connotes an enterprise of inducing large scale social change through nonviolent political processes grounded in law.”*²²

Klare used the concept as a tool to analyse, and to better understand the peculiar characteristics of the South African constitution. This is clearly a constitution which was drafted with the firm intention of breaking with a racist and repressive past and was understood as such by all those involved in its interpretation, implementation and enforcement.²³ Thus in Klare’s concept of transformative constitution-

²¹ Alan Knight, Mexico c. 1930-1946, in: Leslie Bethell (ed.), The Cambridge History of Latin America, vol. VII, Cambridge University Press 1990, 3, at 18 ff.

²² Karl E. Klare, Legal Culture and Transformative Constitutionalism, 14 South African Journal on Human Rights 146, at 150 (1998).

²³ See *S v Makwanyane* 1995 (3) SA (CC) para 261 (S Afr.): “The South African constitution ...represents a decisive break from, and a ringing rejection of, that part

alism, enactment, interpretation and enforcement of the constitution are all directed towards the end of transforming a country's political constitution. In other words, the drafters of the constitution, the legislators, and the courts, in particular the Constitutional Court, all share the commitment to transformation. Other authors have applied the concept to cases in which one or several of these elements were missing, namely those cases in which the constitution does not contain any clear transformational mandate and the courts, i.e. in particular the Supreme Court or the Constitutional Court, undertake the ambitious transformation project in the absence of a nationally defining moment and without legitimacy from the constitutional text.²⁴

The concept of transformative constitutionalism also has gained currency in Latin America recently. It is used by some authors with regard to the phenomenon which has become known as “new Latin American constitutionalism” (*nuevo constitucionalismo latinoamericano*, NCL). It seems that the term was introduced in the Latin American debate by the sociologist Boaventura de Sousa Santos, who qualifies the recent new Latin American constitutions as “transformative” because they propose inclusive societies capable of bringing democracy and benefits to traditionally excluded sectors of Latin American societies by promising some level of rights and welfare to all.²⁵ In building upon his analysis Rodrigo Uprimny describes the new Latin American constitutionalism as

“aspirational or transformative with a strong egalitarian matrix. Indeed, it seems clear that the constitutional processes sought to deepen democracy

of the past which is disgracefully racist, authoritarian, insular, and repressive and a vigorous identification of and commitment to a democratic, universalist, caring and aspirationally egalitarian ethos, expressly articulated in the Constitution.”

²⁴ See Moshe Cohen-Eliya, *The Israeli Case of a Transformative Constitutionalism*, in: Gideon Sapir/Daphne Barak-Erez/Aharon Barak, *Israeli Constitutional Law in the Making*, Hart, Oxford 2013, 174 with regard to Israel and the Israeli Supreme Court, especially in the era of Chief Justice Aharon Barak.

²⁵ Boaventura de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina: Perspectiva desde una Epistemología del Sur*, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, Lima 2011, at 107, quoted by Rodrigo Uprimny, *Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos*, in: César Rodríguez Garavito (ed.), *El derecho en América Latina: Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, 109, at 123.

and combat social, ethnic and gender exclusion and inequality. In that sense, most of the reforms...led to texts that are forward-looking rather than backward-looking. Rather than trying to codify the existing power relationships, the constitutions outline a model of society to build going forward.”²⁶

The precise scope of the concept, however, remains unclear. While some comparatists include in the NCL all new constitutions and major constitutional reforms which have taken place in Latin America since the return of democracy at the end of the 1980s,²⁷ others apply the term more restrictively and reserve it for those constitutions which openly claim to have inaugurated a new political and constitutional era that in key aspects is fundamentally different from other forms of contemporary constitutionalism, and especially from post-war constitutionalism in Europe.²⁸ But even those who propose to apply the notion of new Latin American constitutionalism in a broader way recognise that there are important differences between the various national constitutional processes and that it is possible to distinguish the more transactional or consensual processes that seek to correct the defects of the existing institutions while retaining some of their traditional elements from the more foundational constitutional processes that consciously try to make a break with the past.²⁹ There is a general consensus that the Venezuelan constitution of 1999, the constitution of Ecuador of 2008 and the constitution of Bolivia of 2009 belong to this core group of transformative Latin American constitutions.³⁰

²⁶ Rodrigo Uprimny, *The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges*, 89 *Texas Law Review* 1587, at 1600 (2011).

²⁷ Uprimny, *Transformaciones constitucionales recientes* (supra note 25), 109.

²⁸ Pedro Salazar Ugarte, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano (Una perspectiva crítica)*, in: Luis Raúl González Pérez/Diego Valadés (eds.), *El constitucionalismo contemporáneo*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2013, 345, at 350.

²⁹ Uprimny, *Transformaciones constitucionales recientes* (supra note 25), 127.

³⁰ Roberto Viciano Pastor/Rubén Martínez Dalmau, *Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, in: Roberto Viciano Pastor (ed.), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2012, 11, at 34-35; Salazar Ugarte, *Nuevo constitucionalismo latinoamericano* (supra note 28), 350; Uprimny, *Transformaciones constitucionales recientes* (supra note 25), 127.

Popular involvement in the constitution-making process

These constitutions share a number of basic characteristics which set them apart from other recent Latin American constitutions and which can be used to identify the defining criteria of the NCL. All three constitutions emerged from constitutional processes which responded to a “constitutional moment”, i.e. the need to establish new bases for the state after the existing political and economic institutions had largely been discredited by a corrupt and self-serving elite.³¹ This was done through constitutional processes relying heavily on the active involvement of the people: a popular referendum on the issue whether the existing constitution needed to be replaced by a new one, the popular election of the members of the constituent assembly and the final approval of the constitutional document drafted by the assembly in a national referendum.³²

The 1917 Mexican Constitution clearly was born out of such a constitutional moment, namely the profound constitutional crisis which had resulted from the breakdown of the dictatorship of Porfirio Díaz and the failed attempt to replace it by a liberal government on the basis of the 1857 Constitution. These events triggered numerous conflicts and divisions also in the rebel camp, with people like Pancho Villa and Emiliano Zapata vehemently opposing a restoration of the liberal 1857 Constitution and pushing for radical reform, especially in the agrarian sector. The conflicts only started to calm down when Venustiano Carranza, then one of the chiefs of the rebels and head of the so-called Constitutionalist Army (*Ejército constitucionalista*), decided to call a Constitutional Convention.³³ As to popular involvement, no prior constitutional process in Mexico or elsewhere in Latin America had managed to mobilize mass support on such a huge scale. While the Convention, when it was finally called, was composed mainly of

³¹ Viciano Pastor/Martínez Dalmau, *Fundamento teórico* (supra note 30), 36; Salazar Ugarte, *Nuevo constitucionalismo latinoamericano* (supra note 28), 353.

³² Javier Cousu, *Las Democracias Radicales y el “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano”*, 8, at: http://www.law/yale/edu/documents/pdf/sela/SELA13_Cousu_CV_Sp_2014/04/20.pdf.

³³ Gargarella, *Latin American Constitutionalism* (supra note 2), 98.

representatives of the conservative political faction, namely Carranza's group and the more accommodated sectors of society, it was the culmination of a revolutionary process marked by unprecedented social mobilization and radical reform debates.³⁴ This was particularly true for the Aguascalientes Convention, the main antecedent of the Querétaro Convention, which claimed to be the first of its kind in the history of Mexico to legislate according to the actual needs of the Mexican people. The Aguascalientes Convention defied the power of Carranza by proclaiming that sovereignty resided in the armed people.³⁵ There is little doubt that the presence of representatives of hitherto subordinated groups, in the run-up to the Constitutional Assembly as well as in and outside that Assembly itself, plays a crucial role in explaining and understanding the emergence of debates on the "social question", which had not appeared before in any other constitutional assembly in Latin America.³⁶ In the words of the Deputy Pastor Rouaix, who, as has already been mentioned, contributed more than anyone else to the radical agrarian reform which became one of the hallmarks of the Constitution, the Convention represented the "genuine voice of the Mexican people", including "artisans and peasants, local and reputed professionals, and improvised military officers..., all of them completely inexpert in the Congressional affairs."³⁷ This diversity of represented social interests in the Assembly reflected an unprecedented popular mobilization at the height of the Mexican revolution: more of the population, especially among the lower social classes, was mobilized and participating in politics than anywhere else in Latin America at the time.³⁸ And the popular organisations which emerged during the revolutionary era especially in the peasant and labour sector would not

³⁴ Alain Knight, *The Peculiarities of Mexican History: Mexico Compared to Latin America, 1821-1992*, 24 *Journal of Latin American Studies*, Quincentenary Supplement: The Colonial and Post Colonial Experience. Five Centuries of Spanish and Portuguese America (1992), 99, at 130; Easterling, *Mexican Revolution* (supra note 1), 141.

³⁵ Gargarella, *Latin American Constitutionalism* (supra note 2), 99-100.

³⁶ Gargarella, *Latin American Constitutionalism* (supra note 2), 103.

³⁷ Pastor Rouaix, *Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución política de 1917*, Biblioteca del Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, México 1959, 61, as quoted by Gargarella, *Latin American Constitutionalism* (supra note 2), 104.

³⁸ Easterling, *Mexican Revolution* (supra note 1), 141.

simply fade away with the end of the revolutionary period. They would persist and keep an eye on the fulfillment of the promises of agrarian and social reform included in the Constitution. During the presidency of Lázaro Cárdenas (1930-40), Mexico's greatest post-revolutionary social reformer, they would play a major role.³⁹

*The material contents of transformative constitutionalism:
social equality, diversity and rehabilitation of the Indian*

In terms of constitutional contents, the main question which the new Latin American constitutions, and especially those of a transformative character, try to answer is how best to tackle the problem of extreme social inequality.⁴⁰ Two themes within this vast and complex area are particularly relevant to any analysis of the transformative character of the new Latin American constitutions: the relationship between the state and the economy, especially the market, and the issue of diversity and autonomy of ethnic communities.⁴¹

The rehabilitation of the State and the return of economic nationalism

With regard to the first issue, the transformative constitutions openly declare their adherence to a post-Washington consensus agenda, which embraces and promotes alternative forms of economic production and assigns the state a central role in the management of the economy. The 2009 Constitution of Bolivia provides a good example. The fourth part of the Constitution, which comprises more than one hundred Articles (Articles 306 to 409), deals with the structure and organisation of the economy. It constitutes a powerful rejection of the neoliberal policies of previous Bolivian governments. The Constitution commits Bolivia to the model of a "plural economy" (*economía plural*), which is in fact a mixed economy based on state, private, communitarian and cooperative forms of ownership and production (Article 306). In

³⁹ See infra c).

⁴⁰ Roberto Gargarella/Christian Courtis, El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes, CEPAL, Santiago de Chile 2009, 11; Viciano, supra note 16, at 21.

⁴¹ Uprimny, Transformaciones constitucionales recientes (supra note 25), 127.

principle, all these forms of ownership enjoy equality before the law (Article 311). However, the private accumulation of economic power to an extent which threatens the economic sovereignty of the state shall not be permitted (Article 312). Ownership of land is subject to particularly stringent limits. The state recognises and protects individual, collective and communitarian property as long as it fulfills a social or social-economic purpose (Article 393). Certain forms of land use which are collectively designated as *latifundio* are prohibited. The prohibition extends to the unproductive holding of land as well as to land use based on servitude, slavery or semi-slavery in labour-relations, and the ownership of land in excess of a maximum surface of 5,000 hectares (Article 398). The holding of *latifundios* and the failure to fulfill a social-economic function constitute grounds for the reversion of the land into the property of the Bolivian people. Unlike expropriation which may only proceed in cases of public necessity and utility and upon prior payment of a fair compensation, reversion of land is not subject to compensation (Article 400): it is a sanction for the unproductive use of land. In no circumstances may foreigners acquire lands of the state (Article 396).

The constitutional crisis in Bolivia which swept Evo Morales into the presidency and paved the way for the adoption of the 2009 Constitution had been triggered by mass protests against the economic policies of Morales' predecessors. The government liquidated loss-making state industries and allowed foreign companies to acquire shareholding and management control of formerly state-owned firms in return for injecting fresh capital. As a result of these policies, foreign investors achieved a dominant position not only in the communications, transport and electricity sectors, but were also able to take over the oil and gas industries, the main symbols of national economic sovereignty. This development did much to trigger mass protests which led to the downfall of the old regime.⁴² Not surprisingly, therefore, the 2009 Constitution stresses the principle of national sovereignty in all economic matters. Bolivian investment shall be given priority

⁴² Benjamin Kohl/Linda Farthing, Material constraints to popular imaginaries: The extractive economy and resource nationalism in Bolivia, 31 Political Geography 225, at 229 (2012).

over foreign investment. Every foreign investment shall be subject to Bolivian jurisdiction, laws and authorities, and nobody may invoke an exceptional situation, or have recourse to diplomatic protection, in order to obtain a more favorable treatment. The state shall not accept demands or conditions of domestic economic policy imposed by other states, foreign or Bolivian banks, or foreign financial institutions or multilateral bodies (like the IMF or the World Bank) or transnational companies (Article 320).

The principle of full national sovereignty acquires particular importance with regard to the country's natural resources and hydrocarbons. The constitution commits the Bolivian state to taking control of the exploration, exploitation, industrial use, transport and trade of natural resources through public, cooperative or communitarian companies, which may in turn contract private enterprises or establish mixed enterprises. The state may also enter into joint ventures with legal entities, Bolivian or foreign, for the exploitation of natural resources, but must make sure that the resulting benefits are reinvested in the country. The organisation of the oil and gas industries, the main symbols of Bolivian economic nationalism, is even more tightly regulated. According to Article 359, the state, on behalf of the Bolivian people, owns the entire production of hydrocarbons and is the only authority entitled to sell it. The production of the hydrocarbons is the responsibility of *Yacimietos Petrolíferos Fiscales Bolivianos* (YPFB), a public law company which acts as the operative arm of the state under the guidance of the competent ministry (Articles 361, 363). YPFB may sign service contracts with public or private companies, Bolivian or foreign, under which these companies may perform services in the exploration or extraction of the hydrocarbons in exchange for compensation or payment of their services. These contracts must obtain the prior and express approval of the Legislative Assembly (Article 362). Every foreign enterprise which carries out activities in the oil or gas sector in Bolivia must submit to the authorities and laws of the country. No foreign court or jurisdiction shall be recognised in any circumstances, and the recourse to international arbitration or to diplomatic protection shall not be accepted even in exceptional cases (Article 366).

The parallels between the Bolivian Constitution and the 1917 Mexican Constitution are hard to miss. Both constitutions are built on the principle of unfettered national sovereignty in the economic sphere. Mexican history up to the Revolution had been marked by frequent foreign intervention, which in two cases – the war with the United States in 1846-8 and the occupation by France 1863-66 – took the form of outright invasion.⁴³ Not surprisingly, the drafters of the 1917 Constitution adopted a position which was radically hostile to interventions by foreigners into the political and economic affairs of Mexico. With regard to the economic system, the ownership of the lands and waters within the boundaries of the national territory was vested in the Nation which has the sole right to transmit title thereof to private persons, thereby constituting private property (Article 27, paragraph 1). The public ownership extends to all natural resources of the continental shelf and the submarine shelf of the islands, including petroleum and all solid, liquid and gaseous hydrocarbons (Article 27 paragraph 4). Public ownership of these resources is inalienable and imprescriptible; their exploitation or appropriation by private companies or individuals may only be undertaken on the basis of concessions granted by the federal government. In principle, only Mexicans or Mexican companies may acquire ownership of land or obtain a concession for the exploitation of natural resources belonging to the Nation. By contrast, the acquisition of such titles or concessions by foreign nationals is subject to compliance with the so-called Calvo clause⁴⁴ which requires them to declare before the Ministry of Foreign Relations that they consider themselves nationals with respect to such property and agree not to invoke the protection of their governments in relation thereto. If they violate this agreement, the acquired property is forfeited to the Nation.

⁴³ Knight, *Peculiarities of Mexican history* (supra note 34), 125.

⁴⁴ Named after the Argentine lawyer and diplomat Carlos Calvo (1824 – 1906). The Calvo clause was designed to protect the jurisdiction of weaker nations against the overwhelming economic and military power of European states and the US by providing that in cases of disputes arising out of concession contracts with foreign nationals the foreigners relinquished the right to request the diplomatic and judicial protection of their national state and agreed to have the dispute settled by local tribunals. On the clause see Donald R. Shea, *The Calvo Clause – A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy*, Minneapolis University Press, Minneapolis 1955.

Social rights as a means to create inclusive societies

The central role of the state in the exploitation of natural resources and the management of the economy is meant to provide the state with the resources needed to foster economic development, combat poverty and eliminate the root causes of social inequality. This concept requires an effective guarantee of a number of central social and economic rights which form the basis of the economic empowerment of individuals in general and of vulnerable groups in particular. The new Latin American constitutions provide ample guarantees of this kind. The Ecuadorian Constitution, for example, differs from many other constitutions in that it puts the “rights of the good way of living”, i.e. those fundamental rights which are traditionally categorized as social, economic and cultural rights, at the top of the human rights chapter: the right to water and food (Articles 12, 13), the right to a healthy environment (Articles 14, 15), the right to culture and science (Articles 21 to 25), the right to education (Articles 26 to 29), the rights to habitat and housing (Article 30, 31), the right to health (Article 32), and the right to work and social security (Articles 33, 34). These rights, which are applicable to all, are then followed by special rights which have been specifically designed to protect particularly vulnerable individuals and groups and to facilitate their integration into society: rights for the elderly (Articles 36 to 38), pregnant women (Article 43), children and adolescents (Articles 44 to 46), persons with disabilities (Articles 46 to 49), persons suffering from serious illness (Article 50), persons deprived of their liberty (Article 51) and consumers (Articles 52 to 55).

Similarly, the Bolivian constitution is notable for the meticulous care given to social rights, in particular the right to health and social security (Articles 35 to 45), the right to work and employment (Article 46 to 55), and the right to education (Article 77 to 97); on the other hand, more traditional rights, like the right to property, are given rather short shrift (Articles 56, 57). The right to property, in particular, is only protected as long as it performs a social function or, in the case of private property, is not detrimental to the collective interest (Article 56). By contrast, the rights to health and education are guaranteed in a broad and detailed manner. For example, Article 41 expressly stipu-

lates that the right of access to medicines shall not be restricted by intellectual property and trade rights, and that the state shall encourage the domestic production of generic drugs. Education is identified as a fundamental function and priority financial responsibility of the state (Article 77). The state guarantees the access to education of all citizens in conditions of full equality (Article 82). The Bolivian Constitution also protects the rights of particularly vulnerable groups of persons. Special attention is given in this regard to the rights of children and adolescents (Articles 58 to 61), of families (Articles 62 to 66), senior citizens (Articles 67 to 69), persons with disabilities (Articles 70 to 72), persons deprived of liberty (Articles 73, 74) and users and consumers (Articles 75, 76). All rights are directly applicable and protected by equal guarantees. They can be enforced by a variety of legal remedies expressly enshrined in the Constitution, namely the protection in defense of liberty, the action of constitutional protection, the action of protection of privacy, the action of unconstitutionality, the action of compliance, and the popular action (see Article 109).

Social and economic rights also occupy a central role in the Mexican Constitution. It has already been noted that the Constitution became famous for its Article 123 which constituted the most elaborate and comprehensive guarantees of workers' rights in the world to that date.⁴⁵ Nor were these rights framed in vague terms which would make them unenforceable in the courts. Instead Article 123 fixes detailed standards for the labour legislation to be enacted by Congress, including the maximum number of working hours per day, the prohibition of child labour, the maximum number of working days per week, the minimum wage, the principle equal pay for equal work, the protection of pregnant female workers, the right to strike and the right to lock workers out. The comprehensive protection which the drafters of the Constitution meant to provide to workers is evident in the fact that they are not directed exclusively or even primarily to the state, but to private persons and companies. They have a direct impact on private law relations that are not consistent with the principles and standards defined in Article 123. Employment contracts which impose an exces-

⁴⁵ See *supra* note 1.

sive workload on the employee, fix wages that are not remunerative or permit the retention of wages as a fine are null and void by virtue Article 123 section XXVII.

Nor did the Constitution of 1917 stop there. It also granted express constitutional protection to the right of peasant communities to collectively and individually own their communal lands (Article 27), thus granting one of the key demands of the revolutionaries of the rural areas. Agrarian reform was the major structural achievement of the Revolution.⁴⁶ Under the original provision enacted in 1917 the Mexican state was under an obligation to give land to any peasant community which lacked lands and asked for them. In order to provide for enough land to be distributed, all *latifundia* were subject to expropriation for the purpose of creating small private holdings or community properties. The national and the state governments were authorized to fix the maximum size of any holding and to divide the excess land according to an established formula. In order to avoid the reappearance of large land holdings, the Constitution prohibited the peasant communities and their members who owned these communal lands (*ejidos*) from selling or renting them or pledging them as collaterals for loans. They were only given the options of either using the lands themselves or abandoning them and moving elsewhere.⁴⁷

From cosmic race to plurinational state: national identity
in post-colonial times

If there is one area where the new constitutions, especially those of Ecuador and Bolivia, have broken new ground, it is with regard to the seemingly intractable issue of a post-colonial identity in societies still fraught with the racial divisions of the past. The desire to finally leave behind the disastrous legacy of colonialism has led the drafters of the Ecuadorian and the Bolivian constitutions to embrace a state model which abandons the pretensions to homogeneity characteristic of the traditional nation state in favor of a comprehensive recognition

⁴⁶ Knight, Peculiarities of Mexican History (supra note 34), 130.

⁴⁷ Cumberland, The Constitutionalist Years (supra note 3), 353.

of the diversity and equality of the various groups composing these societies.⁴⁸ The Ecuadorian Constitution was the first to expressly recognise the “plurinational” character of the state (Article 1) where the “different communities, peoples and nations” live together peacefully. These comprise, according to Article 56 of the new Constitution, the indigenous communities, peoples and nations, the Afro-Ecuadorian people, and the back-country people living in the inland coastal region. They shall have the right to freely maintain and develop their identity, to practice their culture and language, to retain their ancestral lands and to create and apply their own legal system or customary law. Their practices of managing biodiversity and the natural environment shall be protected, and they shall be consulted before any legislative measure which might affect their collective rights is adopted (Article 57).

The Bolivian Constitution follows the same path. Article 1 of the 2009 Constitution defines Bolivia as a plurinational state (*Estado Plurinacional*) and thus openly acknowledges the existence of not one, but various nations living on Bolivian territory, transcending the traditional notion of the state as the political organisation of *the* nation. The “nations” to which the term “plurinational” refers are primarily the indigenous communities living in Bolivia. Their recognition as peoples and nations in the new Constitution is based on the rejection of the legacy of colonialism referred to in the Preamble of the Constitution, but also of the “republican” and “neoliberal” state models with their perceived traditions of assimilationist policies and disregard for the special traditions and needs of Bolivia’s indigenous peoples. The new Constitution has framed the term “indigenous originary peasant nations and peoples” for these groups. The indigenous originary peasant nations and peoples are defined through their existence already in pre-colonial times, the ancestral possession of their territories, a shared history, culture and language, and their own legal, political, social and economic institutions (Articles 2, 289).

⁴⁸ Alberto Acosta, El complejo desafío de la construcción del estado plurinacional. Reflexiones para el debate, in: Katu Arkonada (ed.), Un Estado, muchos pueblos – La construcción de la plurinacionalidad en Bolivia y Ecuador, Icaria editorial, Barcelona 2012, 7, 11-14.

Article 2 of the Constitution grants the indigenous groups thus defined the right to free determination, which has to be exercised “within the framework of the unity of the state”, and thus does not include the right to secession. Below this threshold, however, the right to free determination provides the indigenous-peoples with far-reaching autonomy rights which include the right to self-government, to their culture, to the recognition of their institutions and to the consolidation of their territories.

But the Constitution does not only protect the autonomy of the indigenous communities within the framework of the Bolivian state. It also integrates their values, practices and beliefs into mainstream culture. Article 5 elevates the 36 indigenous languages to the rank of official languages of the state. The central government and the departmental governments must use at least one of them alongside Castilian, depending on the language preferences of the population in the territory in question. The wiphala, the square emblem which represents the native peoples of the Andean regions of Bolivia, forms part of the state symbols (Article 6); and the indigenous values, like the cardinal virtues “don’t be lazy, don’t be a liar, don’t be a thief”, are recognised as the ethic-moral principles constituting the basis of society and the state, together with the secular principles of equality, dignity, inclusion, solidarity, or social justice (Article 8). The cosmovisions and the myths of the indigenous peoples are recognised as forming part of the identity of the state (Article 100). The state gives special protection to the special indigenous forms of knowledge as well as to their art and popular crafts (Articles 100, 101).

By contrast, the protection of indigenous communities in the 1917 Mexican Constitution was much more indirect. The text of the Constitution of 1917 was silent on the “Indian problem”. While it embraced important goals and aspirations advanced by the indigenous people of Mexico, namely their claim to constitutional protection for their communal lands in Article 27, it studiously avoided any explicit reference to the existence of indigenous communities which could have been interpreted as granting a distinct constitutional status to those groups. The expectation at the time was that the needs of Mexico’s indigenous communities would be best served by their full integration

in the mainstream of Mexican society through a policy of assimilation. It was only during the 1980's that this official policy was seriously questioned. In line with recent international developments, President Salinas in 1989 created the National Commission of Justice for the Indigenous People (*Comisión Nacional de Justicia para los Pueblos Indígenas de México*) and asked it to submit a proposal for a constitutional amendment establishing the legal basis for a more effective protection of Mexico's indigenous peoples. The Commission came up with a proposal which for the first time officially recognised the pluriethnic composition of the Mexican nation and required the Federation, the States and the municipalities to enact within their respective competences the laws necessary for the protection of the languages, cultures, customs and specific forms of social organisation of the indigenous communities. An amendment to this effect was finally adopted by the Mexican Congress and went into effect on January 28, 1992. A constitutional amendment adopted in 2001 shifted the guarantee of indigenous autonomy from Article 4 to Article 2 and complemented it with an extensive catalogue of political, economic, social and cultural rights of the indigenous communities which incorporates the key guarantees of the ILO Convention concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries into Mexican law.⁴⁹

Despite this seemingly conservative approach to the Indian question, it should not be overlooked that the 1917 Constitution constituted a major progress also for indigenous peoples in Mexico compared to their situation in other Latin American countries at the time. The Constitution addressed their most pressing economic demand, i.e. their claim to their ancient lands, and tried to resolve it in a manner which gave special protection to indigenous lands by largely removing them from the market mechanisms of a capitalist economy. It also paved the way for a larger effort to remake the image of the Mexican nation in a way which fully accepted and integrated the Indian legacy in the 1920s, led by Obregón's minister of education, José Vasconcelos, who believed that the future of Mexico, and of the continent, lay

⁴⁹ On the Convention see S. J. Anaya, *Indigenous Peoples in International Law* (2nd edition 2004), p. 58. Mexico has been one of presently only 19 states which have ratified the Convention (it was the second to do so after Norway in 1990).

in the creation of a ‘cosmic race’ created from the eventual fusion of all the ethnic groups in America. This concept may seem outdated or even suspicious from today’s perspective, which has rejected concepts of “fusion”, “melting pot” in favour of a vibrant multiculturalism that accepts, and even tries to protect, the existence of traditional ethnic and cultural identities. But it was not when originally conceived, at least not when measured by the dominant standards of the time. It also reflected the fact that race mixture was much more dynamic in Mexico than elsewhere in Latin America, and particularly in the Andean countries with their racial pluralism inherited from colonial times.⁵⁰ In any case it provided the inspiration for the tremendous effort in the early 1920s to rehabilitate the Indian (and the mestizo) in the cultural self-image of Mexico. As one of the most lucid chroniclers of Latin American history has noted:

“this campaign was undoubtedly one of the triumphs of the Revolution; it represented the earliest and most enduring attempt to overcome the racial divisions which had been the worst legacy of the Spanish Conquest, and to forge a coherent sense of national identity. Mexico’s political stability in the twentieth century is due in no small degree to the success of this policy of incorporating the Indian heritage in the idea of the nation.”⁵¹

The effectiveness of constitutional transformations

As Uprimny notes with regard to the new Latin American constitutions, these constitutions are “normative in nature and full of promises, yet their promises have not necessarily been fulfilled”.⁵² The contradictions and weaknesses inherent in the basic assumptions and normative prescriptions of the NCL have already been dissected in considerable detail by a number of critics from the region.⁵³

In the Mexican case, substantial efforts were made to put promises of the 1917 Constitution into practice, especially in the early decades

⁵⁰ Knight, Peculiarities of Mexican History (supra note 34), 118.

⁵¹ Williamson, History of Latin America (note 20), 393.

⁵² Uprimny, Recent Transformation of Constitutional Law (supra note 26), 1602.

⁵³ See Salazar Ugarte, Nuevo constitucionalismo latinoamericano (supra note 28), 356 ff.; Cousu, Demoracias Radicales (supra note 32), 9 ff.

following its entry into force. The drafters of the Constitution were fully aware of the difficulties facing the implementation of the ambitious agrarian and labour reforms enshrined in the constitutional text. The transitory provisions therefore expressly provided for the direct application of the bases established in the Constitution with regard to agrarian and land reform until such time as the national and state governments passed legislation on these matters. During the presidency of Lázaro Cárdenas (1934-40), a wholesale expropriation of hacienda land was carried out in an unprecedented drive to implement the agrarian reform envisaged by Article 27, and more than twenty-five million hectares of land were distributed in what constituted the largest land reform in Latin American history.⁵⁴ Cárdenas also decreed the nationalization of the oil industry, in the face of stiff opposition from Britain and the United States.⁵⁵ These reforms were immensely popular and did much to strengthen the alliance between the political elite and the peasant and labour organisations of the country which would allow the regime to avoid any major popular challenges until well into the 1980s.

It was also Cárdenas which found a problem to the vexing problem how to prevent presidential abuse of power in a system which still depended very much, if not primarily, on an energetic executive power capable of promoting and implementing the reform policies mandated by the Constitution. This is, after all, one of the great and recurring themes of Latin American constitutionalism, and has also been identified as one of the main, if not *the* main weakness of the new Latin American constitutionalism: the threat of a return to *caudillismo*.⁵⁶ Following the thirty-four years of rule by Porfirio Díaz, the revolution had put the principle of no-re-election of the President into the Constitution.⁵⁷ But it was only during the presidency of Cárdenas that the rule of no-reelection became embedded in an institutional practice which prevented the Mexican presidential system all from degener-

⁵⁴ Easterling, Mexican Revolution (supra note 1), 141.

⁵⁵ Knight, Mexico c. 1930-1946 (supra note 21), 41-46.

⁵⁶ Uprimny, Transformaciones constitucionales recientes (supra note 25), 131.

⁵⁷ Art. 83: „El Presidente entrará a ejercer su encargo el 1. de diciembre, durará en él cuatro años, y nunca podrá ser reelecto.”

ating into the traditional rule of the strongman.⁵⁸ It was rule by one party rather than rule by one man which became the distinctive feature of post-revolutionary politics in Mexico, a one-party rule, moreover, which managed to retain the loyalty of many social and labour organisations. The regime which finally emerged from the revolution was undoubtedly authoritarian – which was the rule rather than the exception in the world of the mid-twentieth century– but in a rather benign and ‘inclusionary’ way.⁵⁹

CONCLUSION

As the preceding analysis has demonstrated, the Mexican Constitution of 1917 took into account to an unprecedented degree the needs and aspirations of large sectors of the population – peasants, workers, indigenous groups – which had been largely absent from previous constitutional debates. Without rejecting liberal democracy and capitalism wholesale – the Constitution put a Bill of Rights drafted in the traditional liberal style at the top of its provisions – it tried to fashion a political and economic system which provided new avenues for participation and inclusion of hitherto neglected groups, namely through strengthening the state’s role in the economy. The 1917 Constitution rejected the liberal doctrines which had formed the basis of the economic modernization policies pursued under the dictatorship of Porfirio Diaz and gave constitutional protection to those interests, namely the village corporate landholdings, which had increasingly come under attack during the pre-revolutionary period.⁶⁰ In this central aspect the parallels to the transformative Latin American constitutions of the early 21 century, which turn their back on the neoliberal policies of the recent past and seek to build a new state capable of addressing the twin evils of Latin American history, poverty and inequality, are unmistakable.

These reforms gave life and durability to the constitutional settlement achieved in 1917. Together with the Constitution of 1917 they

⁵⁸ See II. 5. above.

⁵⁹ Knight, *Peculiarities of Mexican History* (supra note 34), 137.

⁶⁰ Knight, *Peculiarities of Mexican History* (supra note 34), 107-108.

managed to transform Mexico, a country beset by political instability and financial anaemia during much of the nineteenth century,⁶¹ into a country which, based on a constitution with broad popular support, enjoyed a degree of political and social stability unusual in the twentieth century not only in Latin America, but in the rest of the world as well. If these significant achievements have not always been fully appreciated, this failure is less due to a lack of intrinsic virtues of the 1917 Constitution than to the inevitable comparison with the political and economic powerhouse north of the border. But the political and social consensus which emerged from the revolution and became embodied in the 1917 constitution started to crumble at the end of the 1980s when the country came under pressure to modernize its political and economic system in order to respond effectively to the new challenges of the beginning era of globalization, which in the Mexican case meant greater integration with the US and the Canadian economies through the North American Free Trade Agreement (NAFTA). The reforms triggered by NAFTA membership did away with some of the revolutionary achievements of 1917, notably the constitutional protection of communal land holdings.⁶² In other respects, however, the reforms led to important advances, particularly with regard to the deepening of democracy⁶³ and the recognition of the status and the

⁶¹ Knight, Peculiarities of Mexican History (supra note 34), 101, who calls Mexico “the sick man of Spanish America” in the period following independence, until the start of the *porfiriato*.

⁶² The reform eliminated the constitutional right to be granted land by the state, based on the assumption that further land redistribution would only result in lower productivity, greater poverty and increased insecurity concerning individual property rights. In addition, the owners of communal lands were allowed to retain ownership of their *ejido* lands even if they did not cultivate them personally and to sell or rent them to other members of the peasant community. Perhaps even more importantly, owners of communal lands who decide against renting or selling their land may enter into joint ventures with private individuals and companies or long-term production contracts with outside investors. Finally, the reform paved the way for foreign investment in communal lands since it does not limit the possibility to set up a joint venture with *ejidarios* to Mexican nationals or companies, see Guillermo Marrero/Douglas J. Rennert, The Long and Winding Road: An Overview of Legislative Reform of Mexico’s Road to a Global Economy, Southwestern Journal of Law & Trade in the Americas 1 (1994), 92.

⁶³ The 1988 presidential elections proved to be a turning point. Although the candidate of the PRI, Carlos Salinas, was elected, the allegations of massive fraud triggered

rights of the indigenous communities.⁶⁴ It is no small irony, however, that the same processes of liberalising reform which, beginning in the 1980s, did so much to erode the model of state-induced and supervised economic growth established by the Mexican revolution were the very same processes that triggered in due course the emergence of new transformative constitutional projects further down in the South.



a series of constitutional reforms which ended the executive branch's control over federal elections and vested the power to organise those elections in an independent institution, the Federal Electoral Institute (*Instituto Federal Electoral*, IFE). Established in October 1990 as a result of constitutional reforms adopted in the wake of the controversial 1988 presidential elections, the IFE was given full autonomy from the executive branch through constitutional reform in 1996.

⁶⁴ The amendments introduced since 1992 have strengthened the rights of indigenous groups considerably. Section A of Article 2 guarantees the indigenous people a number of specific rights which give expression to their constitutionally recognised right to self-determination. These include, among others, the right to decide freely on their internal political, economic, social and cultural organisation; to apply their own system of rules in the resolution of their internal conflicts, to the extent that these rules are consistent with the general principles of the Constitution and human rights provisions; to elect their own authorities for self-government; to preserve and develop their languages and cultures; to protect their living environment and the integrity of their territories; and to have access to the preferential use of the natural resources in their territories, with the exception of the strategic areas designed by the Constitution and subject to the forms of land usage established by the Constitution and the rights acquired by third parties or by individual members of the community.

LA INFLUENCIA DEL AMPARO MEXICANO EN LAS CONSTITUCIONES DE LOS PAÍSES AFRICANOS

Jean Cadet Odimba On'Etambalako Wetshokonda*

INTRODUCCIÓN

Existe consenso internacional en el reconocimiento de que el amparo tiene su origen en la ciencia jurídica mexicana, específicamente en el amparo yucateco, y aun cuando continuamente se indican como antecedentes remotos del juicio de amparo en algunas instituciones propias del derecho romano como el *homine libero exhibendo* o el *intercessio tribunicia*, el *habeas corpus* del sistema jurídico inglés e incluso de los procesos aragoneses del medioevo español, no cabe la menor duda de que la institución jurídica del juicio de amparo, en cuanto mecanismo procesal constitucional encaminado a lograr la protección de los derechos fundamentales previstos en la ley fundamental, es realmente producto mexicano.

* Profesor investigador titular C de tiempo completo con carácter definitivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. Profesor titular y miembro del Núcleo Básico de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. Profesor en la División de Estudios de Posgrado en Derecho del Centro de Estudios de Humanidades y Ciencias Sociales de la Universidad de Guadalajara. Es profesor de cátedra en el Instituto de Formación e Investigaciones Jurídicas de Michoacán, IFIJUM AC. Es miembro del Sistema Nacional de Investigadores SNI, nivel I, desde el 1 de enero de 2011. Es miembro del Registro Conacyt de Evaluadores Acreditados (RCEA), en el Área V. Sociales y Económicas. Cuenta con reconocimiento perfil deseable Promep.

Por ello, México y su legislación han tenido fuerte impacto en las legislaciones de otros países e incluso continentes, como es el caso del continente africano, ya que llámese como se llame existe en la mayoría de los países de África un mecanismo de protección de derechos humanos, de los cuales se destacan la República de Mozambique, Túnez, la República Federal de Somalia, Zimbabwe, Sudán, Egipto, la República de Angola, la República de Sudáfrica y la República Unida de Tanzania, por tener mecanismos encaminados a la protección real de los derechos humanos, lo que representa una lucha constante contra las circunstancias sociales regionales, nacionales e internacionales por las que atraviesan.

DERECHOS HUMANOS EN ÁFRICA

En el caso de los países africanos, el derecho de amparo es un recurso relativamente reciente; al respecto, diversos historiadores y juristas coinciden en que a pesar de que diversas Constituciones africanas establecieron, luego de la época poscolonial, un apartado especial dedicado al reconocimiento de los derechos humanos, en realidad éstos no se respetaban.

Aunque el derecho de amparo inició como una instancia a nivel nacional para conocer únicamente de aquellas garantías individuales o derechos fundamentales reconocidos en la mayoría de los países en su Constitución, actualmente se reconoce el amparo a nivel internacional a través de los tribunales internacionales cuya característica particular es que aunque no estipula el amparo para efectos generales de forma inmediata, en realidad produce paulatinamente efectos generales a nivel regional y en ocasiones global.

En tal sentido, el discurso acerca de los vacíos que genera la unificación a través de normas cerradas y sin enfoque multiculturalista, es una realidad común que enfrentan los Estados-nación ante el fracaso de sus sistemas y las manifestaciones sociales de aquellos grupos que por mucho tiempo no se consideraron parte del contrato social. En cambio, la unificación mediante principios concernientes a las exigencias de dignidad de la comunidad humana, se ha vuelto una necesidad en cualquier parte del mundo.

De ahí que hasta ahora existan no sólo una Unión Europea y un sistema americano de derechos humanos, sino una Unión de Países Africanos. Aunque estos últimos siguen afrontando las diferencias de un claro multiculturalismo interno, además de constantes invasiones externas que reafirman en sus pueblos originarios la emergencia de reconocer no sólo derechos fundamentales internos, sino también cosmopolitas y, en tal sentido, puedan contar con instancias que los defiendan.

Existe la denominada Unión Africana, que tuvo como finalidad consagrar los derechos humanos de los africanos y que se creó a partir del reconocimiento del instrumento denominado Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos en 1981.¹ Más adelante, dicho documento cobró jurisdicción a través de la ratificación de suficientes países con la firma de Argelia el 25 de enero de 2004; por consiguiente, sucedió que los pueblos originarios pudieron contar en la práctica real con una instancia que defendiera sus derechos fundamentales. Ya que como se mencionó, durante épocas anteriores, los Estados actuaron de manera dictatorial y no respetaron las Constituciones como ley suprema.

La historia de los pueblos africanos es muy similar a la de Latinoamérica y sus grupos indígenas como habitantes originarios: se les trató de imponer la cultura individualista, el sometimiento, la pobreza; se trataron de limitar sus derechos incluso a través de la lengua y el idioma extranjero, etcétera. No obstante, también es una historia con diferencias muy marcadas, mismas que sobresalen incluso a la luz de sus documentos jurídicos cuyas características exclusivas son, por ejemplo:

- La denominación de su Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, a diferencia de la carta americana y europea, hace alusión a los pueblos. En el África precolonial, las personas se consideraban miembros de un sistema social solidario y recíproco en el que los derechos colectivos primaban sobre los individuales,² dicha tradición se ve reflejada en su concepción de pueblos, donde incluso la mujer recibe un trato iguali-

¹ Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul), aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya.

² Mbuyi Kabunda Badi, *Derechos humanos en África. Teorías y prácticas*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2004, pp. 31-38.

tario y los refugiados reciben el mismo trato que los habitantes originarios.³

- La reciente independencia de los países africanos. “Cuando la Carta de las Naciones Unidas fue adoptada y abierta a suscripción, en 1945, solamente cuatro Estados africanos eran independientes: Egipto, Liberia, Etiopía y África del Sur”.⁴ De ahí las dificultades para establecer un sistema de protección eficaz de los derechos humanos, mismo que necesitaba que los africanos confiaran en un sistema externo y lo asimilaran con relación a sus culturas, a pesar de haber vivido por mucho tiempo las agresiones de otros sistemas de imposición dictadora.
- La Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos establece obligaciones y no, en cambio, sólo principios de derechos humanos que otorgan derechos.⁵ El deber social hacia los demás se extiende desde la familia hacia la colectividad y hasta la comunidad internacional, porque su esencia colectivista se encuentra por encima de la esencia individualista.⁶
- Los pueblos africanos tradicionalmente acostumbraban el perdón para la resolución de conflictos. El derecho de perdón consigue que en los derechos humanos del sistema africano, se contemple la mediación como fórmula para la resolución de conflictos.⁷ Ya se han resuelto casos por mediación.

³ *Ibidem*, p. 37.

⁴ José H. Fishel de Andrade, “El sistema africano de protección de los derechos humanos y de los pueblos”, *Revista do Centro de Estudos Africanos da Universidade de São Paulo* (1993/94) pp. 23-57 (consultada en línea el 18 de marzo de 2016). Base de datos disponible en: biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1840/30.pdf.

⁵ Carta Africana de Derechos humanos del Hombre y de los Pueblos, capítulo II, “Deberes”, artículos 27, 28 y 29.

⁶ Mbuyi Kabunda Badi, *op. cit.*, p. 54.

⁷ “La mediación comunitaria reparadora va unida al pacto que une a los espíritus comunitarios, que exigen comunión y respeto por la naturaleza. El hombre puede usar de ella para vivir, pero con respeto y sin abusar. Es responsable de ella, tiene que protegerla y conservarla para las generaciones futuras. La mediación comunitaria se emplea también para aproximar a las familias, a los poblados vecinos o a los responsables del poblado con el resto de la comunidad. La mediación privada se practica a nivel de cada familia. Cuando la mediación interna fracasa, se hace intervenir a los ‘dueños’ del perdón: jefes de tierra, griots o herreros. Dotados del saber intelectual, vehiculado por la tradición oral, y del saber hacer técnico. Trovadores o ‘griots’ y herreros. Son importantes mediadores entre familias o individuos cuando surge un conflicto”, Mnsda

- Existen complicaciones para unificar a los países africanos desde la concepción multiculturalista e igualitaria de los derechos humanos. Las prácticas coloniales y poscoloniales marcaron la cultura de diferenciación mediante la falta de reconocimiento de la ciudadanía nacional a los habitantes africanos: los franceses distinguieron en sus colonias entre ciudadanos franceses y súbditos franceses, los belgas sólo otorgaron la ciudadanía a los africanos que asimilaron la cultura occidental mediante el título de los detentores de la tarjeta del mérito cívico, los portugueses separaron a los asimilados, civilizados e indígenas, y los españoles distinguieron entre indígenas con emancipación plena (por asimilación de la cultura occidental) e indígenas con emancipación limitada;⁸ así como la discriminación social entre los mismos africanos por medio de sus líderes que se convirtieron en dictadores luego de ver a su propia gente oprimida; además de las diferencias con base en la profesión u oficio y la prevalencia de patriarcados con relación a los matriarcados.⁹
- En el sistema africano se reconocen tres generaciones de derechos humanos. En los países capitalistas se reconocen principalmente los derechos civiles y políticos; en los Estados socialistas se reconocen principalmente los derechos económicos, sociales y culturales; pero en ambos casos se han tenido que crear convenciones especiales para hablar de la tercera generación de derechos humanos; mientras que la Carta Africana de los Derechos del Hombre y los Pueblos reconoce ampliamente las tres generaciones de derechos humanos en un solo documento: el derecho del medio ambiente se establece como parte de la herencia común de la humanidad y del derecho al desarrollo.¹⁰ De esta manera, se percibe que en los países africanos impera la concepción de derechos humanos desde su característica de

Paquita Reche, *Sabiduría africana: la mediación: expresión de sabiduría ancestral*, Fundación SUR departamento África, 17 de febrero de 2012, Constitución de 2014 de Túnez (consulta en línea: 13 de abril de 2016), base de datos disponible en: www.africafundacion.org/spip.php?article10904.

⁸ Mbuyi Kabunda Badi, *op. cit.*, pp. 71 y 72.

⁹ *Ibidem*, pp. 29 y 92.

¹⁰ Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, artículos 22 y 24.

indivisibilidad; asimismo, la Corte Africana se encuentra facultada para conocer de la totalidad de los derechos.

SURGIMIENTO DEL MECANISMO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS POR EXCELENCIA, EL JUICIO DE AMPARO

En la generalidad de los sistemas jurídicos, las resoluciones judiciales no son inapelables. “El juicio de amparo ha sido —y sigue siendo— el medio más eficaz que tiene el gobernado para defenderse de la actuación de la autoridad”.¹¹ En cada país existen instancias con jurisdicción para resolver tanto de aquellas situaciones que durante su sometimiento a la primera instancia procesal no se interpretaron conforme a los derechos fundamentales, como de problemas que no pasaron por ninguna instancia pero ameritan una resolución por violación a los derechos fundamentales. En México, dicho procedimiento recibe el nombre de recurso de amparo, mismo que fue importado por otros países de Europa, Asia y África, aunque con rasgos distintivos en cada sistema.

Los primeros indicios para la creación del amparo en México aparecieron poco después de la culminación de la Independencia, mediante la primera Constitución que rigió a la nación, a partir del 4 de octubre de 1824, al establecerse como función de la Suprema Corte el conocer de infracciones tanto constitucionales como de leyes generales;¹² sin embargo, todavía no existía un artículo o apartado especial que enunciara las garantías individuales, éstas se delegaban a cada uno de los estados de la república.¹³ Además, una Constitución como ley suprema requiere de ordenamientos secundarios que establezcan definiciones,

¹¹ Vicente Fernández Fernández y Nitza Samaniego Behar, “El juicio de amparo: historia y futuro de la protección constitucional en México”, *Revista IUS*, vol. 5, núm. 27, Puebla, enero-junio de 2011.

¹² Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, 4 de octubre de 1824, “Sección tercera. De las atribuciones de la Suprema Corte de Justicia, artículo 137, fracción V, inciso sexto: Las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, son las siguientes: ... V... Conocer... Sexto.... de las infracciones de la Constitución y leyes generales, según prevenga la ley”.

¹³ *Ibidem*, “Sección séptima. Reglas Generales a las que se sujetará en todos los Estados y territorios de la federación la administración de justicia”.

condiciones y procedimientos procesales, mismos que de esta forma transforman los derechos en verdaderas instituciones jurídicas para tutelar por el Estado.

Más tarde, se creó el llamado Supremo Poder Conservador en la Constitución de 1836, el cual tenía precisamente supremacía incluso por encima de los tres poderes de la Unión, se establecía entre algunas de sus atribuciones:

12... I. Declarar la nulidad de una ley ó decreto... cuando sean contrarios á artículo expreso de la Constitución... II. Declarar, excitado por el Poder Legislativo ó por la Suprema Corte de Justicia, la nulidad de los actos del Poder Ejecutivo, cuando sean contrarios a la Constitución... III. Declarar en el mismo término la nulidad de los actos de la Suprema Corte de Justicia... VII. Restablecer constitucionalmente a cualquiera de dichos tres poderes, o a los tres poderes, cuando hayan sido disueltos revolucionariamente... VIII. Declarar excitado por el Poder Legislativo, previa iniciativa de alguno de los otros dos poderes, cuál es la voluntad de la nación, en cualquiera caso extraordinario en que sea conveniente conocerla... X. Dar o negar sanción a las reformas de Constitución... 15. Toda declaración y disposición de dicho Supremo Poder Conservador, dada con arreglo a las disposiciones precedentes, y citando la respectiva, debe ser obedecida al momento y sin réplica por todas las personas a quien se dirija y corresponda la ejecución... 17. Este Supremo Poder no es responsable de sus operaciones más que a Dios y a la opinión pública, y sus individuos en ningún caso podrán ser juzgados ni reconvenidos por sus opiniones.¹⁴

De ahí que a ese poder, en virtud de su supremacía frente a otros agentes del Estado, se le pudiese concebir tanto como el depositario de la ejecución del amparo, como limitador del mismo. Ello bajo una característica muy distinta de la que hoy prevalece en todo el mundo, ya que además sólo realizaba sus funciones bajo la petición de alguno de los tres poderes, mas no de particulares.

Para 1840, el estado de Yucatán, inconforme por lo que establecía la Constitución de 1836, pretendió independizarse de la Federación mexicana. Entre los principales impulsores de dicha independencia se encontraba Manuel Crescencio Rejón, quien crea y expide el 31 de

¹⁴ Leyes Constitucionales, 29 de diciembre de 1836, Segunda, 12.

marzo de 1841, una Constitución yucateca que contiene en su artículo 62 el mecanismo de defensa para particulares frente al Estado, que atribuía al tribunal la función de:

1. Amparar en el goce de sus derechos a los que le piden su protección contra las leyes y decretos de la legislatura que sean contrarias al texto literal de la Constitución, o contra las providencias del gobernado, cuando en ella se hubiera infringido el código fundamental en los términos expresados, limitándose en ambos casos, a reparar el agravio en la parte en que la Constitución hubiese sido violada.¹⁵

De esta manera, se despojaba completamente al Supremo Poder Conservador de su monopolio para decidir qué derechos reconocer y cuáles no: a través del amparo serían los propios gobernados quienes interpondrían su criterio sobre sus derechos. Asimismo, de la letra literal del texto se desprenden tres tipos de amparo; algunos de los cuales actualmente distinguimos: amparo contra leyes, amparo contra omisión de leyes y amparo contra actos de autoridad (providencias del gobernado). También se establece en su artículo 7o. una serie de garantías individuales del yucateco —o parte dogmática— frente a la cual se interpone el juicio de amparo.¹⁶

Para 1847, Mariano Otero logró que se incluyera el derecho de amparo en el Acta de Reformas constitucionales de 1847,¹⁷ fue así que se reconoció al amparo a nivel nacional. Por otro lado, la primera llamada Ley Orgánica Reglamentaria de los Artículos 101 y 102 de la Constitución, que daría pautas para el procedimiento, se crea hasta el 30 de noviembre de 1861,¹⁸ misma que requirió subsanaciones hasta ser sustituida por la Ley de Amparo que entró en vigor el 20 de enero

¹⁵ Constitución Política de Yucatán, 31 de marzo de 1841, artículo 62, fracción I.

¹⁶ *Ibidem*, artículo 7o.

¹⁷ “Todos los juicios de que habla el artículo anterior se seguirán, a petición de parte agraviada, por medio de procedimientos y formas de orden jurídico, que determinará una ley. La sentencia será siempre tal que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a protegerlos y ampararlos en el caso especial que se verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o del acto que la motivare”; Acta Constitutiva de Reformas, 18 de mayo de 1847, numeral 19, reforma al artículo 102 de la Constitución.

¹⁸ Ley Orgánica Reglamentaria de los Artículos 101 y 102 de la Constitución, 30 de noviembre de 1861.

de 1869.¹⁹ Así, con el reconocimiento constitucional del amparo y el complemento de su Ley Orgánica, se distingue claramente que existe no sólo un reconocimiento literal del derecho de amparo, sino un juicio de amparo que al encontrarse regulado es accesible a todos los ciudadanos.

Diez años más tarde, se realizó una reforma a la Constitución que aclaró los lineamientos para el amparo, mismos que se reafirmaron en la Constitución de 1917:

... El pueblo mexicano está ya acostumbrado al amparo en los juicios civiles, para librarse de las arbitrariedades de los jueces, que el Gobierno de mi cargo ha creído que sería no sólo injusto sino impolítico, privarlo ahora de tal recurso, estimando que bastará limitarlo únicamente a los casos de verdadera y positiva necesidad, dándole un procedimiento fácil y expedito para que sea efectivo, como se servirá ver la Cámara en las bases que se proponen para su reglamentación...²⁰

Diversos países de Latinoamérica, Europa, Asia y África, respectivamente, adoptaron el derecho de amparo en sus Constituciones, o bien, contemplaron dicho recurso a través de su adhesión a los tribunales internacionales. Cabe aclarar que el derecho de amparo, como nosotros lo conocemos, recibe muchos nombres en función de los términos jurídicos que decidió otorgarle cada país, algunas nomenclaturas son bastante similares a la de México y otras no, por ejemplo: en Perú, Ecuador y Venezuela se denomina como acción de amparo,²¹ mientras que en Brasil se denomina mandado de *segurança*,²² en Colombia tutela jurídica²³ y en Chile recurso de protección.²⁴

¹⁹ Ley de Amparo, 9 de noviembre de 1968.

²⁰ *Diario de Debates del Congreso Constituyente 1916-1917*, ed. facsimilar, México, Gobierno del Estado de Querétaro-INEHRM, 1960, p. 389.

²¹ José Guillermo Vallarta Plata *et al.*, *Leyes de Amparo de América Latina*, México, Scrom, 2009, p. 27.

²² Manuel Fernando Quinche Ramírez, *Vías de hecho. Acción de tutela contra providencias*, 3a. ed., Bogotá, Universidad del Rosario, 2007, p. 259.

²³ María Auxiliadora Castro e Camargo, *Decretos-Leyes y jurisdicción constitucional: estudios comparados*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2011, p. 164.

²⁴ David Ordóñez Solís *et al.*, *El recurso de amparo*, República Dominicana, Escuela Nacional de la Judicatura, 2006, p. 259.

MECANISMOS PROCESALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS PAÍSES AFRICANOS

Si bien es cierto que el desarrollo de los derechos humanos es una constante novedosa de África, todas las leyes fundamentales, al menos, se adhieren a los ideales, principios y derechos contenidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y, más recientemente, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Pero este fenómeno se ve reforzado por una tendencia que comenzó tentativamente antes de 1990.

Ciertamente los países africanos se han venido desarrollando con el transcurso del tiempo, mediante un proceso de lucha y defensa de sus derechos humanos. En este último periodo, en la gran mayoría del continente se han logrado grandes avances que no se habían tenido en periodos prolongados, como el reconocimiento de las garantías del hombre, además de sus derechos fundamentales, y el hecho de que gran número de países africanos han suscrito tratados que refuerzan el contenido de sus garantías. Se dice que con el solo reconocimiento se ha logrado un gran avance el cuestiones de derechos humanos; sin embargo, no es suficiente el hecho de tenerlos reconocidos, si bien es cierto, podrá ser reconocido como un gran logro en la historia de derechos dentro del continente africano. Aun cuando se ha recorrido un camino largo para que pudieran ser reconocidos estos derechos, y se ha logrado alcanzar dicha meta, los estudiosos del derecho podemos darnos cuenta que no basta con el reconocimiento, sino que se deben emplear mecanismos de protección que tutelen y garanticen el ejercicio de los mismos. Es decir, todo derecho estipulado en cualquier cuerpo normativo debe tener un derecho subjetivo que lo haga hacer valer para que la persona hacia la que está destinada esa garantía lo pueda ejercitar en su vida cotidiana, de otro modo estaríamos en presencia de un derecho muerto, un precepto normativo que está estipulado en algún conjunto de leyes, pero que no tenga la manera de hacerlo valer, o sea que su utilidad sería nula. Es por ello la importancia de crear derechos subjetivos que sean relativos a los derechos humanos ya reconocidos en

el continente africano, para que las personas los puedan hacer valer o, en su caso, exigir su cumplimiento.

Cada país del continente africano, dentro de su Constitución, tiene un apartado donde se hace un reconocimiento expreso de todos los derechos fundamentales del hombre, esos a los que cada gobierno se compromete a respetar, brindar y tutelar a toda persona. Sin embargo, no en todas las Constituciones se deja claro cuál será la manera en que sus gobernados podrán exigir el cumplimiento o goce de tales derechos. Es decir, el reconocimiento expreso y legal de los derechos del hombre existe en cada cuerpo normativo de mayor jerarquía en cada país africano, avance que se reconoce a la luz de los derechos humanos, pero no basta con eso si carece de la parte subjetiva; esa donde se estipula la manera en que las personas pueden ejercitar su derecho, y que no todos los países lo han dejado claro.

Es evidente que cada país, al incorporar en su Constitución los derechos fundamentales del hombre, debe perfeccionar la garantía de los mismos mediante la creación de un mecanismo que tutele la protección de los derechos de cada individuo, sin ello resultaría difícil poder hacerlos valer, es decir, cada nación puede contar con el reconocimiento expreso de los derechos en sus cuerpos normativos y sin embargo existe un alto índice de violación a los derechos; por lo que concluimos que no es de mucha utilidad tenerlos reconocidos dentro de una Constitución si no se hacen efectivos. Es entonces que los mecanismos de protección tienen una importancia de igual magnitud que el reconocimiento de los propios derechos, ya que si no existe manera de protegerlos, no habrá manera de hacerlos valer. Por ello, a pesar del gran avance de los países africanos al reconocer en sus Constituciones los derechos fundamentales del hombre, no es suficiente si no cuentan además con algún tipo de mecanismo que proteja la garantía de los mismos.

Posteriormente se desarrollaría el avance que han tenido países africanos en este aspecto, y nos podremos dar cuenta que, si bien es cierto que en muchas Constituciones como la República de Sudáfrica, Mozambique, Egipto, entre otros, se contemplan mecanismos de defensa que consagran los medios que las personas pueden ejercitar y se establece la manera en que se protegerán las garantías, sin embargo, los mecanismos que estas naciones fijan no están lo suficientemente desa-

rrollados para que las personas tengan acceso a la protección y tutela de sus garantías; además de que los países que sí consagran este derecho, existen los otros países africanos que no cuentan con ese avance y desarrollo. Así que nos encontramos con la problemática de que realmente no se han logrado garantizar los derechos ya reconocidos y que aún falta mucho por hacer en cuestiones de mecanismos de protección de derechos humanos para que los gobernados queden debidamente protegidos y en pleno goce y ejercicio de sus derechos.

INFLUENCIA DEL JUICIO DE AMPARO MEXICANO EN EL CONTINENTE AFRICANO

Como bien se sabe, México es el país creador del primer mecanismo destinado a tutelar las garantías del individuo; fue aproximadamente en 1840, en Yucatán, en que la Suprema Corte tendría la facultad para oponerse a las violaciones de la propia Constitución derivadas de leyes u actos provenientes del Poder Ejecutivo o del Legislativo, teniendo como prioridad proteger las garantías individuales, siempre que mediare la petición del afectado.

Así es como se creó lo que hoy podemos definir como el mecanismo de defensa por excelencia para la protección y tutela de los derechos humanos de los mexicanos. Cuando éste fue creado, no se conocía de sistemas o mecanismos que tutelaran las garantías de los individuos a manera de procedimiento o juicio; fue entonces que México creó este proceso, cuando ningún otro Estado lo había realizado, lo que motivó a que otras naciones continuaran con la creación de mecanismos de defensa que protegieran los derechos fundamentales de las personas.

Con el transcurso del tiempo, esa mera cuestión procedimental, que tutelaba los derechos del hombre, fue evolucionando y perfeccionando, hasta que se convirtió en el juicio de garantías también conocido como juicio de amparo, que protege el cumplimiento de los derechos fundamentales del ser humano, y del que en nuestro país encontramos su fundamento legal en un conjunto de preceptos normativos consagrados en nuestra máxima ley, los que ahora están estipulados en los artículos 103 y 107 de nuestra Constitución Política de los

Estados Unidos Mexicanos de 1917, preceptos que además nos envían a la ley reglamentaria de dicho juicio, conocida como Ley de Amparo, y que en conjunto son la base del procedimiento que nos hace respetar los mismos imperativos constitucionales en beneficio de aquellos a quienes se les ha violentado sus garantías individuales.

Ciertamente, México como país primerizo en establecer lo ahora conocido como institución primordial para la defensa y tutela de los derechos humanos, realizó un gran avance y aportación en el tema de derechos humanos, ya que fue el que creó el mecanismo que se seguiría para defender las garantías individuales de quienes hubiesen sido violentado, hecho que no había ocurrido en ningún otro lugar. Quedando así México como antecedente registrado a nivel mundial en cuanto a sus mecanismos establecidos para salvaguardar los derechos de sus gobernados.

Derivado del procedimiento legal creado en México para tutelar los derechos fundamentales del hombre, países europeos principalmente, sin dejar a un lado los de otros continentes, incluyendo América misma, continuaron con el desarrollo de mecanismos de defensa que pudieran brindar el goce y la garantía de derechos humanos a sus gobernados, tomando como base de referencia el juicio de amparo creado en nuestro país.

Estos mecanismos han sido de gran trascendencia, ya que se ha encontrado en ellos la manera de hacer valer los derechos humanos de cada individuo, es decir, con base en dichos mecanismos, se hace la creación de todos los derechos subjetivos que se necesitan para la efectividad de cada garantía individual, ya que si alguna nación pudiese haber tenido consagrados los derechos del hombre, y sin embargo resultara difícil para esa autoridad hacer que se cumplan o respeten; no obstante, si se contienen los derechos de todo individuo consagrados en Constituciones o cuerpos normativos de máxima jerarquía y además se contempla algún proceso o mecanismo que regule la aplicación de los mismos, o la manera en que se puede exigir su cumplimiento, resulta mucho más fácil y práctica su defensa y exigibilidad tanto para autoridades como para gobernados.

Encontrando esta practicidad en el juicio de garantías, fue como países principalmente europeos adoptaron las formas para ir creando

sus propios mecanismos de defensa para ofrecerles una protección y garantía de los derechos del individuo a sus gobernados. Así, poco a poco, cada uno de ellos conforme a las leyes de su nación y con sus particularidades, fueron estableciendo estos mecanismos en sus Constituciones o cuerpos normativos de máxima jerarquía, para que las personas tuvieran a su alcance un acceso a la exigencia para el respeto de sus derechos humanos. A su vez, Europa ha servido como ejemplo fundamental para creación de leyes en territorio africano, puesto que este último continente ha tomado como referencia leyes y normatividades europeas que le sirven como base para constituir su normatividad.

Si bien es cierto África ha estado desarrollando su normatividad en estos últimos años de manera impresionante, ya que se han logrado avances que no se había visto en tiempo atrás, podemos darnos cuenta que ese camino recorrido es influenciado por el derecho europeo, ya que esos países han evolucionado de manera constante, sirviendo como base a países africanos que lo toman de referencia para la creación de sus leyes. Así es que el derecho mexicano, en cuanto a los mecanismos de defensa de derechos humanos, lo podemos ver reflejado como influencia a tal grado que ha llegado indirectamente al continente africano, puesto que la gran mayoría de sus países se encuentran en desarrollo donde buscan tener la mayor protección de los derechos humanos de sus gobernados, intentando crear modelos que sirvan para proteger tales garantías.

LAS CONSTITUCIONES AFRICANAS Y SUS MEDIOS DE DEFENSA PARA DERECHOS HUMANOS

A pesar de que a través de las resoluciones de la Corte africana, el derecho de amparo se ha reconocido en los países africanos, es importante que los Estados aprendan a reconocerlos dentro de su jurisdicción nacional, tal como lo establecen sus propias Constituciones. Ello no significa que las resoluciones de la Corte africana no sean importantes, pues los Estados en su propia jurisdicción, conocen mucho más de las situaciones que aquejan a la población y son la jurisdicción más cercana para ofrecer atención.

Para entender dicha importancia, a continuación se analiza el sistema normativo del continente africano, centrándonos en el estudio de las Constituciones de ciertos países, con la finalidad de conocer cuáles son las medidas que cada Estado va creando o adoptando con la finalidad de proteger los derechos humanos de sus gobernados, con motivo del estudio de los mecanismos de defensa para la tutela de garantías; saber si son concretamente estipulados o cuál es la situación real en este tema de gran importancia para países en África.

*La Constitución de la República
Unida de Tanzania*

Analizando específicamente los cuerpos normativos de la República Unida de Tanzania, encontramos que su actual Constitución fue ratificada en 1977. Es la cuarta Constitución del país desde la independencia del Reino Unido y ha estado en constante desarrollo, puesto que su última modificación fue realizada en 2005, sin embargo, decimos que ha tenido una gran evolución, aunque después de 2005 no encontramos actualizaciones.

Aun así, la República Unida de Tanzania es un ejemplo de nación que cuenta con cierto reconocimiento a sus gobernados para la protección de sus derechos humanos, ya que en lo general prohíbe la concesión de algún título, derecho o estatus especial a cualquiera de sus ciudadanos, garantizando el derecho a la igualdad en cuanto al respeto de derechos que consagra la misma Constitución, mejor definido en su artículo 29. Posteriormente, en el apartado de “Limitaciones sobre, y la aplicación y la preservación de los derechos fundamentales, las libertades y los derechos de la Ley”, del artículo 30 en su apartado (3) específicamente hace referencia al derecho que tiene cualquier persona de ejercitar un procedimiento de reparación ante Tribunal, cuando alguno de sus derechos humanos haya sido o esté próximo a ser violado por cualquier persona o autoridad, dentro de la República Unida, ya que textualmente señala lo siguiente:

Capítulo: Disposiciones generales.

6. (2) Cada persona en la República Unida tiene derecho a igual protección de leyes de la República Unida. (3) Un ciudadano de la República Uni-

da no tendrá derecho, el estado o posición especial sobre la base de su linaje, tradición o descenso. (4) Se prohíbe a cualquier ley de conferir ningún derecho, estatus o posición especial a cualquier ciudadano de la República Unida sobre la base del linaje, la tradición o el descenso. (5) Con el fin de que todas las personas puedan disfrutar de los derechos y libertades garantizados por esta Constitución, toda persona tiene el deber de conducir sus asuntos de manera que no infrinja los derechos y las libertades de los demás...

29. Derechos y deberes fundamentales.

(1) Toda persona en la República Unida tiene derecho a disfrutar de los derechos humanos fundamentales y de disfrutar de los beneficios obtenidos con el cumplimiento por todas las personas de este deber de la sociedad, tal como se estipula en el artículo 12 a 28 de esta parte del presente capítulo de la Constitución.

Limitaciones sobre, y la aplicación y la preservación de los derechos fundamentales, las libertades y los derechos de la Ley.

30. (1) Los derechos y libertades humanos, los principios de los cuales están establecidos en la presente Constitución, no serán ejercidas por una persona de manera que interfiera con o restricción de los derechos y libertades de otras personas o del interés público. (2) Se declara que las disposiciones contenidas en este título de la Constitución que establecen los principios de los derechos, la libertad y los derechos, no hace ilegal cualquier ley existente o prohibir la promulgación de cualquier ley o el hacer de cualquier acto lícito de conformidad con dicha ley para los fines:

(A) asegurar que los derechos y libertades de otras personas o de los intereses del público no se vean perjudicados por el ejercicio abusivo de las libertades y derechos de las personas;

(B) la garantía de la defensa, la seguridad pública, el orden público, la moral pública, la salud pública, la planificación del desarrollo urbano y rural, la explotación y aprovechamiento de los minerales o el aumento y desarrollo de la propiedad de cualquier otro interés para los fines de mejorar el beneficio público;

(C) la garantía de la ejecución de una sentencia u orden de un tribunal dada o hecha en cualquier asunto civil o criminal;

(D) la protección de la reputación, los derechos y las libertades de los demás o la privacidad de las personas involucradas en los procesos judiciales, que prohíbe la divulgación de información confidencial, o la salvaguardia de la dignidad, la autoridad y la independencia de los tribunales;

(E) la imposición de restricciones, supervisar y controlar la formación, la gestión y las actividades de las sociedades privadas y organizaciones en el país;

(F) permitir que cualquier otra cosa que hacer que promueve, o preserva el interés nacional en general.

(3) Cualquier persona que sostenga que cualquier disposición de esta parte del presente capítulo o en cualquier ley relativa a su derecho o deber para con él ha sido, está siendo o es probable que sea violado por cualquier persona en cualquier lugar de la República Unida, puede iniciar un proceso de reparación en el Tribunal Supremo.

(4) Sin perjuicio de las demás disposiciones de la presente Constitución, el Tribunal será competente para conocer y resolver cualquier cuestión que le sean sometidas de conformidad con el presente artículo; y la autoridad del Estado podrá promulgar leyes a los efectos de:

(A) Que regule el procedimiento de recurso de conformidad con el presente artículo;

(B) La especificación de los poderes del Tribunal Supremo en relación con la audiencia de los procedimientos iniciados en virtud del presente artículo;

(C) garantizar el ejercicio efectivo de las facultades del Tribunal Supremo, la preservación y la observancia de los derechos, libertades y obligaciones de conformidad con esta Constitución.

(5) En los casos en todo procedimiento se alega que una ley promulgada o cualquier medida adoptada por el Gobierno o cualquier otra autoridad abroga o implican la reducción alguna de los derechos fundamentales, las libertades y derechos establecidos en los artículos 12 a 29 de la presente Constitución, y el Tribunal Supremo considera que la ley o acción en cuestión, en la medida en que entraría en conflicto con esta Constitución, es nula o es incompatible con esta Constitución, a continuación, el Tribunal Supremo, si lo considera oportuno, o si las circunstancias o de interés público lo requiere, en lugar de declarar que dicha ley o acción es nula, tendrá el poder de decidir para dar el gobierno u otra autoridad interesadas la oportunidad de corregir el defecto encontrado en la ley o acción de que se trate dentro de un lapso de tiempo, de tal manera que la Alta Corte determinará, y dicha ley o se dará por supuesta la validez hasta el momento en que el defecto sea rectificado o el periodo determinado por los lapsos del Tribunal Supremo, la fecha más temprana.²⁵

²⁵ Constitución de la República Unida de Tanzania (consultada en línea el 18 de enero de 2016). Base de datos disponible en: <http://www.judiciary.go.tz/downloads/constitution>.

Se puede apreciar cómo es que la República de Tanzania ha adoptado un mecanismo para la defensa de los derechos humanos de sus gobernados; si bien es cierto no es tan clara en cuanto al procedimiento que los agraviados deban seguir, dejando amplia interpretación a lo dispuesto por el precepto legal que contiene el fundamento constitucional del mecanismo de defensa, sin embargo, el hecho de reconocer expresamente el derecho que les confiere el numeral (3) del artículo 30, en el apartado “Limitaciones sobre, y la aplicación y la preservación de los derechos fundamentales, las libertades y los derechos de la Ley”, denota un gran avance en el desarrollo legislativo de Tanzania, ya que sus gobernados cuentan con el respaldo constitucional que les fundamenta la protección, la tutela y la reparación de sus derechos como personas; se trata de la garantía que el artículo 30 constitucional en su apartado (3), les confiere a sus gobernados para que libremente ejerciten la solicitud de que se inicie un proceso de reparación, siempre y cuando su causal sea la hipótesis que contiene dicha norma, haciendo referencia a la violación de alguno de sus derechos fundamentales. Es por ello que podemos decir que Tanzania ha logrado establecer esa manera en que las personas pueden acceder al verdadero goce y disfrute de sus derechos humanos, ya que tienen un medio de defensa fundamentado en su Constitución, que les faculta para usarlo cuando estos derechos no sean respetados por cualquier persona o autoridad, y así poder exigir su debido cumplimiento ante el Tribunal competente para ello.

La Constitución de la República de Sudáfrica

Por otro lado, la República de Sudáfrica cuenta con una Constitución que ha tenido importantes acontecimientos, pero que finalmente se publicó en 1996 y su entrada en vigor se hizo en 1997. La Constitución se elaboró en el contexto de la transición a la democracia en Sudáfrica, iniciada con la liberación de Mandela en febrero de 1990, cambió por completo las instituciones políticas sudafricanas. Creó nuevas dinámicas y propició una auténtica transformación del paisaje político. Así

pdf; <http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=9070>; http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=216576.

se puso fin a décadas de opresión por parte de la minoría blanca en el poder.

La Constitución se ha enmendado 16 veces desde entonces, pero sigue siendo la ley fundamental de la nación. Se ha trabajado mucho en ella para que sea aquel cuerpo normativo que consagre los máximos derechos de los sudafricanos, buscando la mejor protección de los mismos, sin embargo, centrándonos en el análisis del contenido de su normatividad en cuanto a los mecanismos de defensa que tiene establecidos para la garantía de los derechos humanos, nos enfocamos y hacemos referencia especialmente en tres artículos que consagran reconocimientos importantes, como lo son el 33 dentro del capítulo de Declaración de Derechos, del apartado de “La acción administrativa”, el 38, en el apartado de “Observancia de derechos” y el 39 referente a la “Interpretación de la declaración de los derechos”, ya que en estos numerales constitucionales podemos encontrar el fundamento de la Constitución Sudafricana con la garantía que sostiene el debido cumplimiento de los derechos fundamentales para los sudafricanos; es decir, en estos numerales se consagra la pauta para los gobernados de poder acceder a un mecanismo de defensa que les garantice el cumplimiento y reparación en caso de haber sido violados o en peligro de violación a cualquiera de sus derechos humanos.

Los artículos referidos de la Constitución de este país africano, literalmente expresan lo siguiente:

“Capítulo 2: Declaración de Derechos

La acción administrativa

33. (1) Toda persona tiene derecho a una acción administrativa que sea legal, razonable y procesalmente justa. (2) Toda persona cuyos derechos han sido afectados negativamente por la acción administrativa tiene derecho a ser motivadas por escrito. (3) La legislación nacional debe ser promulgada para hacer efectivos estos derechos, y debe: (a) proporcionar para la revisión de las medidas administrativas por un tribunal o, en su caso, un tribunal independiente e imparcial; (B) establecer un derecho sobre el estado para dar efecto a los derechos en los incisos (1) y (2); y (c) promover una administración eficiente.

Observancia de los derechos

38. Cualquier persona que aparece en esta sección tiene derecho a recurrir a un tribunal competente, alegando que un derecho en la Carta de Derechos se ha vulnerado o amenazado, y el tribunal podrá conceder la reparación apropiada, incluida una declaración de derechos. Las personas que puedan acercarse a un tribunal pueden ser:

- (A) cualquier persona que actúe en su propio interés;
- (B) cualquier persona que actúe en nombre de otra persona que no puede actuar en su propio nombre;
- (C) cualquier persona que actúe como miembro de, o en interés de un grupo o clase de personas;
- (D) cualquier persona que actúe en el interés público; y
- (E) una asociación que actúa en interés de sus miembros.

Interpretación de la Declaración de Derechos

39. (1) En la interpretación de la Declaración de Derechos, un tribunal judicial o foro deberá:

- (A) Promover los valores que subyacen en una sociedad abierta y democrática basada en la dignidad humana, la igualdad y la libertad;
- (B) Debe tener en cuenta el derecho internacional; y
- (C) Puede tener en cuenta el derecho extranjero.

(2) Al interpretar las leyes, y en el desarrollo de la ley común o derecho consuetudinario, cada corte, tribunal o foro deben promover el espíritu, y el significado de los objetos de la Declaración de Derechos.

(3) La Declaración de Derechos no niega la existencia de cualesquiera otros derechos o libertades que son reconocidos o conferidos por el derecho común, derecho consuetudinario o la legislación, en la medida en que sean compatibles con el proyecto de ley.²⁶

Ciertamente Sudáfrica es uno de los países con un mecanismo de defensa impuesto y estipulado en su Constitución de los más desarrollados, ya que lo regula como tal, brindándole expresamente a sus gobernados la garantía de que pueden ejercitar este procedimiento de defensa para en caso de que sus derechos fundamentales se encuentren expuestos o violentados. Se puede notar cómo es que la redacción de la Constitución es mucho más explícita que otras, ya que en el mismo

²⁶ Constitución de la República de Sudáfrica (consultada en línea el 18 de enero de 2016). Base de datos disponible en: http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=315889; <http://www.constitutionnet.org/es/country/constitutional-history-south-africa>.

cuerpo de leyes contiene el procedimiento a seguir de la persona a quien se hayan violados sus derechos, además de mencionar el sentido de interpretación que le podrá dar en su caso la autoridad que resuelva del asunto. En cuanto a la observancia de los derechos, cabe destacar, que reconoce que toda persona podrá ejercitar dicha garantía con la finalidad de hacer valer sus derechos fundamentales, es decir, cualquier persona, en la situación que se encuentre, acudiendo por propio derecho o a petición de otro, podrá acudir a solicitar se inicie dicho procedimiento que le confieren los artículos constitucionales mencionados con la finalidad de que se promuevan y respeten.

Se puede notar el desarrollo que ha tenido Sudáfrica en cuanto a su normatividad principalmente en aspectos de derechos humanos, si bien es cierto es un país que ha estado en constante lucha para la evolución y reconocimiento de sus derechos y lo ha logrado, sin embargo, no sólo se ha quedado con el mero reconocimiento, sino que ha llegado más allá, al establecer mecanismos de defensa que regulen la protección de esos derechos fundamentales ya reconocidos, lo que se interpreta como el complemento, ya que se pueden ejercitar y hacer valer mediante lo creado como mecanismos de defensa.

Constitución de la República de Angola

Angola cuenta con una Constitución muy reciente, ya que fue creada en 2010, donde se realizaron muchos cambios para la República en cuestiones políticas y sociales, ya que después de constantes conflictos sociales dentro del territorio, se logró firmar un acuerdo de paz en 2002, que comenzaría por crear una nueva Constitución en el continente africano; hacemos referencia a ella, pues aunque tenga poco de haber sido creada, cuenta con 244 artículos, de los que se pueden resaltar algunos donde se les confiere a sus gobernados derechos que garanticen una mayor protección a sus derechos humanos, como el numeral 68 que hace referencia al *habeas corpus*, así como el 69 al *habeas data*, ambos contenidos en la sección II, dentro del capítulo de garantías de los derechos y libertades fundamentales; expresamente la Constitución los consagra de la siguiente forma:

Sección II

Garantías de los derechos y las libertades fundamentales

Artículo 68 (habeas corpus)

1. Toda persona tiene derecho a solicitar un recurso de habeas corpus contra el abuso de poder en forma de prisión o detención ilegal, para ser presentada ante el tribunal correspondiente. 2. La solicitud de un recurso de habeas corpus puede ser hecha por el interesado o cualquier persona el ejercicio de sus derechos políticos. 3. El proceso de habeas corpus será regulada por la ley.

Artículo 69 (habeas data)

1. Toda persona tiene derecho a que solicite un recurso de habeas data para asegurar que se les informa de cualquier información que sobre ellos figuren en ficheros, archivos y registros computarizados, y que se les informe de la finalidad para el cual éste está destinado y, además, tendrá el derecho a exigir que éstos sean corregidos o actualizados, en los términos de la ley y protegiendo al mismo tiempo el estado y el secreto legal. 2. Queda prohibida la grabación y tratamiento de los datos referentes a las creencias políticas, filosóficas o ideológicas, la fe religiosa, partido político o miembro de un sindicato o el origen étnico de los ciudadanos con fines discriminatorios. También queda prohibido 3. El acceso a los datos personales de terceros y la transferencia de datos personales de un archivo a otro dentro de los diferentes departamentos o instituciones, excepto en los casos establecidos en la ley o resoluciones judiciales. 4. Las disposiciones contenidas en el artículo anterior, con las adaptaciones necesarias, aplican al habeas data.²⁷

Si bien se desprende de los dos preceptos transcritos, que la Constitución de la República de Angola, a pesar de su reciente creación, contempla dos figuras de suma importancia que son relevantes en el campo de derechos humanos, ya que estos dos mecanismos fueron creados con la finalidad de que se les realice un mejor o debido proceso a las personas, y les confiere derechos durante los procesos como el informe que se les debe hacer respecto a todo lo relativo a sus procedimientos; además, en el caso de *habeas corpus* se puede interponer el recurso ante la autoridad por cualquier abuso del poder de quien esté resolviendo algún asunto en particular.

²⁷ Constitución de la República de Angola (consultada en línea realizada el 18 de enero de 2016). Base de datos disponible en: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/ao/ao001en.pdf>; <http://www.comissaoconstitucional.ao/pdfs/constituicao-da-republica-de-angola-versao-espanhol.pdf>.

Es entonces que a pesar de la pronta creación de la Constitución de esta república africana, se debe reconocer que cuenta ya con dos figuras de gran importancia para sus gobernados, que es el *habeas corpus* y el *habeas data*; sin embargo, también debe señalarse que no se cuenta con un mecanismo de defensa estipulado o definido en el mismo cuerpo de leyes, por lo que a pesar de su extenso contenido en cuanto a la regulación de los derechos de sus habitantes, hace falta establecer un mecanismo preciso que les permita el acceso a el ejercicio de sus derechos, ese derecho subjetivo del que se habló con anterioridad.

Constitución de Egipto

La República Árabe de Egipto es un país transcontinental en el nordeste de África que ha tenido grandes acontecimientos que motivaron la realización de cambios importantes en su estructura normativa, ya que los movimientos sociales que han ocurrido, resultan factores para la creación de nuevas formas para establecer en los cuerpos normativos que rigen a la misma República.

En 2014 se dio a conocer y entró en vigor la última Constitución creada para el régimen de este país africano; una Constitución novedosa pero con la contemplación expresa de todos los derechos de los hombres y sus garantías. Encontramos de manera directa, en el artículo 54 de tal cuerpo normativo, la alusión que se hace en ella para contemplar específicamente la protección de las garantías de los individuos y cierta parte del derecho a un debido proceso, concretamente establecido en el artículo 96, y por último el numeral 99, que regula los derechos de las personas en cuanto a la violación de la libertad personal que podrían considerarse parteaguas de posibles mecanismos de defensa bien definidos para la protección y tutela de derechos humanos en Egipto, ya que los mismos expresan:

Artículo 54: La libertad personal.

La libertad personal es un derecho natural, protegido y no puede ser infringido. Excepto en los casos de delito flagrante, los ciudadanos sólo pueden ser aprehendidos, buscados, detenidos, o tienen sus libertades restringidas por una orden judicial causal necesaria por una investigación. • Regulación de la recopilación de pruebas • Protección de la restricción injustificada.

Todos aquellos cuyas libertades han sido restringidas de seguridad deberá ser informado inmediatamente de las causas para ello, notificado de sus derechos por escrito, permitiría ponerse en contacto inmediatamente con su familia y su abogado, y presentada ante la autoridad investigadora dentro de las veinticuatro horas de haber sido restringidas de sus libertades. • Derecho a interrogatorio consejo de que la persona sólo puede comenzar una vez que su abogado esté presente. Si no tiene abogado, un abogado será designado por él. Las personas con discapacidad se les proporcionará toda la ayuda necesaria, de acuerdo con los procedimientos estipulados en la ley. • Derecho a un defensor. Aquellos que tienen su libertad restringida y otros poseen el derecho de recurrir ante el Poder Judicial. El juicio debe ser emitido dentro de una semana a partir de ese recurso, de lo contrario el peticionario deberá ser liberado inmediatamente. La ley regulará la detención preventiva, su duración, las causas y qué casos son elegibles para la compensación que el Estado desempeñará para la detención preventiva o para la ejecución de la pena que habían sido ejecutados en virtud de una sentencia que sea revocada por la sentencia definitiva. • Protección contra la detención ilegal. En todos los casos, el acusado puede ser llevado a juicio penal por crímenes que él puede estar detenido sólo en presencia de un abogado autorizado o designado.

Artículo 96: El debido proceso.

El acusado es inocente hasta que se demuestre su culpabilidad en un tribunal de derecho justo, que ofrece garantías para él para defenderse.

- Derecho a un defensor
- Derecho a un juicio justo
- La presunción de inocencia en los ensayos

La ley regulará la apelación de las sentencias por delitos graves. • Derecho a la apelación de las decisiones judiciales. El Estado proporcionará protección a las víctimas, los testigos, los acusados y los informantes según sea necesario y de acuerdo con la ley.

Artículo 99: Violación de la libertad personal

Cualquier asalto a las libertades personales o santidad de la vida de los ciudadanos, junto con otros derechos generales y libertades garantizados por la Constitución y la ley, es un delito sin ley de prescripción para los procedimientos civiles y penales. El perjudicado puede presentar una demanda penal directamente.²⁸

²⁸ Constitución de Egipto (consultada en línea realizada el 25 de enero de 2016). Base de datos disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Egypt_2014.pdf; <http://www.constitutionnet.org/es/country/constitutional-history-egypt>.

El Estado garantiza una indemnización justa por los que han sido asaltados. El Consejo Nacional de Derechos Humanos informará a la oficina del fiscal de cualquier violación de estos derechos, y también posee el derecho a entrar en un proceso civil accesorio en el lado de la parte lesionada en su petición. Esto es como se especifica dentro de la ley.

Ahora bien, Egipto ha tomado ideas para la creación de nuevas Constituciones, como lo ha reflejado su historia, es un país con constantes cambios constitucionales, aunque ha incluido situaciones novedosas e importantes, y su Constitución actual contemple derechos relacionados a los derechos humanos de sus gobernados, haciendo referencia a la protección de derechos fundamentales como la garantía del debido proceso al que toda persona tiene derecho; en ella se establece el procedimiento o acceso al que tendrán las personas para solicitar su garantía. Si bien es cierto se han reconocido los derechos humanos de sus habitantes; sin embargo, podemos notar que la Constitución que rige este país norteafricano carece aún de los preceptos normativos que contemplen mecanismos de defensa de los derechos humanos de sus habitantes, ya que como se ha mencionado, el que las Constituciones consagren derechos fundamentales de las personas, sin contemplar los mecanismos a emplear para ejercitar debidamente esos derechos, hace difícil la promoción y respeto de los mismos, ya que las personas no tienen manera alguna a acceder para solicitar el respeto de sus garantías.

La Constitución de Sudán

La Constitución Nacional de la República de Sudán está catalogada por la propia nación como provisional y fue publicada en 2005; al igual que muchas otras Constituciones africanas, es de reciente publicación y con grandes avances; como en la de Túnez, encontramos la regulación de organismos especiales encargados de la promoción y respeto de los derechos humanos de sus habitantes, haciendo referencia al artículo 142 que contiene:

142. Comisión de Derechos Humanos

1. El Presidente de la República, previa consulta dentro de la Presidencia, establecerá una Comisión de Derechos Humanos independiente que consta de quince miembros no partidistas e imparciales, independientes competen-

tes. Su nombramiento será representativo. Será independiente en la toma de decisiones.

2. Representante de los órganos gubernamentales competentes tomarán parte en las deliberaciones de la Comisión en calidad de asesores.

3. La Comisión de Derechos Humanos supervisará la aplicación de los derechos y libertades previstos en la Carta de Derechos y recibirán quejas sobre violaciones de los mismos.

4. La Comisión de Derechos Humanos, podrá emitir dictámenes o consejos al Estado presente u órganos sobre cualquier cuestión relacionada con los derechos humanos.

5. La ley determinará las funciones, atribuciones, procedimientos, términos y condiciones de servicio de la Comisión.²⁹

De ella podemos mencionar que, al igual que la República de Sudán, en el tema de derechos humanos, específicamente en los mecanismos y procedimientos de promoción, protección y tutela de derechos humanos, han avanzado mucho más que otros países, ya que aunque no se tiene una normatividad amplia en cuanto a los mecanismos que garanticen a sus habitantes la protección de sus derechos fundamentales, podemos notar que en su artículo 142, contempla la figura conocida bajo el nombre de Comisión de Derechos Humanos como organismo encargado de proteger las garantías de los hombres, por lo que sus gobernados cuentan con un acceso directo a cierto organismo donde pueden acudir a solicitar le sean garantizados el goce y disfrute de sus derechos o, en su caso, solicitar la protección de los mismos, cuando éstos se encuentren en peligro o ya hayan sido violentados. Estamos en presencia de un avance de gran importancia para el continente africano, ya que son organismos reconocidos a nivel constitucional que fueron creados específicamente para la protección de los derechos humanos.

Constitución de Zimbabwe

La Constitución de Zimbabwe, actualmente vigente, entró en vigor en el país a partir de 1980; con relación a las Constituciones analizadas a

²⁹ Constitución de Sudán (consultada en línea realizada el 10 de febrero de 2016), Base de datos disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Sudan_2005.pdf?lang=en; <http://www.indexmundi.com/es/sudan/constitucion.html>.

la par, ésta es una de las con mayor antigüedad; sin embargo, podemos apreciar en su contenido que cuenta con la protección de los derechos humanos de sus nacionales, ya que al analizar el artículo 24, que se encuentra dentro del capítulo III referente a la “Declaración de derechos”, dispone:

Capítulo III. Declaración de derechos

Artículo 24 Ejecución de las disposiciones de protección.

(1) Si una persona alega que la Declaración de derechos ha sido, está siendo o puede ser violada en relación con él (o, en el caso de una persona que se encuentre detenida, si cualquier otra persona que alega dicha contravención en relación a la persona detenida), a continuación, sin perjuicio de cualquier otra acción con respecto a la misma materia que se encuentra legalmente disponible, esa persona (o esa otra persona) podrán, con arreglo a lo dispuesto en la subsección (3), solicitar al Tribunal Supremo para obtener reparación.

(2) Si en cualquier procedimiento en el Tribunal Supremo o en cualquier Tribunal subordinado al Tribunal Supremo surgiera alguna duda respecto a la infracción de la Declaración de derechos, la persona que preside en ese tribunal, y si así lo solicita cualquier parte en el procedimiento deberá elevar la cuestión al Tribunal Supremo a menos que, en su opinión, la elevación de la cuestión es meramente inoportuna o impertinente. [Subsección modificada por el artículo 9 de la Ley 15 de 1990. Modificación núm. 10]

(3) En los casos en cualquier procedimiento, como se ha mencionado en el apartado (2) cualquier pregunta, tal como se menciona en el mismo no está sometida a la Corte Suprema, a continuación, sin perjuicio del derecho a plantear esta cuestión en cualquier apelación de la determinación de la Corte en esas actuaciones, hay una aplicación para la determinación de esta cuestión será de la competencia del Tribunal Supremo en virtud del inciso (1). [Subsección modificada por el artículo 13 de la Ley 25 de 1981. Modificación núm. 2]

(4) El Tribunal Supremo tendrá competencia originaria (a) para conocer de cualquier solicitud hecha por una persona de conformidad con la subsección (1) o determinar sin una audiencia a cualquier aplicación que, en su opinión, no es más que inoportuna o impertinente; y (b) para determinar cualquier problema que surja en el caso de una persona que se hace referencia a ella de conformidad con la subsección (2); y puede dictar las órdenes, expedir los autos y dar las instrucciones que considere apropiados para el propósito de hacer cumplir o garantizar el cumplimiento de la Declaración

de derechos: A condición de que el Tribunal Supremo puede declinar el ejercicio de sus competencias en virtud de este párrafo si es satisfecho de que los medios adecuados de reparación por la contravención alegada o han estado a disposición de la persona de que se trate en virtud de otras disposiciones de la presente Constitución o bajo cualquier otra ley. [Subsección modificada por el artículo 20 de la Ley 23 de 1987. Modificación núm. 7 y por el artículo 9 de la Ley 15 de 1990. Modificación núm. 10]

(5) Si en cualquier procedimiento se alega que nada contenido o realizado bajo la mandato de ley está en contravención de la sección 16, 17, 19, 20, 21 o 22 y el Tribunal decide, como resultado de la audiencia de las partes, que el demandante ha demostrado que el Tribunal no debe aceptar que la disposición de la ley preocupa es razonablemente justificable en una sociedad democrática por ejemplo de los motivos mencionados en el artículo 16 (7), 17 (2), 19 (5), 20 (2) y (4), 21 (3) o 22 (3) (a) a (e), como sea el caso, ya que tienen la confianza de la otra parte sin pruebas a su satisfacción, emitirá una sentencia condicional pidiendo al Ministro responsable de mostrar causa por la que la disposición no debe ser declarada en contravención de la sección en cuestión.

(6) Si en cualquier procedimiento que debe determinarse si una ley está en contravención de la Declaración de derechos, el fiscal general tendrá derecho a ser oído por el tribunal sobre esta cuestión y si en cualquiera de dichos procesos se determina cualquier ley por el tribunal para estar en contravención de la declaración de derechos, a continuación, independientemente de si él ha hecho uso de su derecho a ser oído en ese procedimiento, el fiscal general tendrá igual derecho que con respecto a una apelación de dicha determinación, como si hubiera sido parte en el procedimiento.

(7) En caso de que por cualquier ley, se esté en manos de un tribunal competente por estar en contravención de la Declaración de derechos, toda persona detenida en virtud de dicha ley tendrá derecho de pleno derecho a hacer una solicitud al Tribunal Supremo con el fin de cuestionar la validez de su nueva detención, a pesar de que puede haber apelado previamente contra su condena o sentencia o que en cualquier momento previsto para la presentación de un recurso de este tipo puede haber expirado. [Subsección modificada por el artículo 9 de la Ley 15 de 1990. Modificación núm. 10]

(8) Una ley escrita podrá otorgar a los poderes del Tribunal Supremo adicionales a las previstas en esta sección con el fin de permitir que el Tribunal Supremo actúe de manera más eficaz con el ejercicio la competencia que le confiere por esta sección. [Subsección modificada por el artículo 13 de la Ley 25 de 1981. Modificación núm. 2]

(9) Una ley escrita puede prever con respecto a la práctica y el procedimiento de la Tribunal Supremo en relación con la competencia y atribuciones que le confiere esta sección; y (b) de los tribunales inferiores en relación con las referencias a la Corte Suprema bajo la subsección (2); incluyendo la provisión con respecto al tiempo en el que deben o pueden realizarse o llevarse cualquier aplicación o referencia.³⁰

Como podemos notar, el artículo 24 de la Constitución de Zimbabwe tiene un real contenido del derecho que pueden ejercitar los nacionales para la protección y la tutela de sus derechos humanos cuando éstos pudiesen o fueren violentados; además, se tiene ampliamente estipulado el procedimiento a seguir de las personas que así lo soliciten, ante qué organismos y cómo lo harían. Así, en la Constitución de Zimbabwe podemos encontrar algo mejor estipulado y definido sobre mecanismos de protección a derechos humanos más parecidos a nuestro sistema jurídico, ya que existe el procedimiento previsto en esta Constitución africana.

La República Federal de Somalia

Somalia, al igual que muchos otros países africanos, fue creador de una nueva Constitución para el régimen de su territorio. En 2012, este nuevo cuerpo de leyes entró en vigor, de donde se puede desprender que contiene preceptos normativos que hacen referencia a la promoción y el respeto de los derechos humanos también contenidos en ella, además de estipular figuras mediante las que se garantizan reparaciones a violaciones de derechos a sus nacionales, facilitándoles el acceso a tribunales para que sus procedimientos sean mejor llevados. Encontramos el fundamento legal de estas bases en los siguientes preceptos legales:

Título segundo: Derechos, libertades básicas y limitaciones personales

Artículo 39. Compensación de violaciones de derechos humanos.

(1) La ley determinará los procedimientos adecuados para la reparación de violaciones de los derechos humanos. (2) Reparación de violaciones de los

³⁰ Constitución de Zimbabwe (consultada en línea el 15 de diciembre de 2015). Base de datos disponible en: <http://www.politicsresources.net/docs/ZimbabweConstitution.pdf>.

derechos humanos debe estar disponible en los tribunales que las personas pueden acceder fácilmente. (3) Una persona u organización puede acudir a los tribunales para proteger los derechos de los demás que no puedan hacerlo por sí mismos.

Artículo 40. Interpretación de los derechos fundamentales.

(1) En la interpretación de los derechos establecidos en el presente capítulo, un tribunal adoptará un enfoque que trate de lograr los propósitos de los derechos y los valores que subyacen en ellos. (2) En la interpretación de estos derechos, el tribunal tomará en cuenta las decisiones de los tribunales de otros países, aunque no está obligado a seguir estas decisiones. (3) En la interpretación y aplicación de la ley en general, un tribunal o cualquier tribunal considerará la pertinencia de las disposiciones del presente capítulo, y tomará sus decisiones compatibles con estas disposiciones, en la medida de lo posible. (4) El reconocimiento de los derechos fundamentales establecidos en el presente capítulo no niega la existencia de cualquier otro derecho que se reconocen o confieran la ley o la legislación consuetudinaria.

Artículo 41. Comisión de Derechos Humanos.

(1) El Parlamento Federal establecerá una Comisión de Derechos Humanos, que es independiente del control del Estado, y tiene recursos suficientes para llevar a cabo sus funciones de manera eficaz.

(2) Las funciones de la Comisión de Derechos Humanos deben incluir la promoción del conocimiento de los derechos humanos, y específicamente el cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos, vigilancia de los derechos humanos en el país y la investigación de las denuncias de violaciones de derechos humanos.³¹

Si bien es cierto que en la República de Somalia no está definido como tal algún procedimiento que se equipare al mecanismo de defensa para la protección de los derechos humanos de sus nacionales, este cuerpo normativo africano, sin embargo, aporta a su continente otras cuestiones relativas a los derechos humanos que servirían a la misma República como referencia para una posterior creación de mecanismos de defensa dentro de su territorio, como lo podrían ser los organismos ya creados encargados para la promoción, protección y tutela de los derechos humanos, consagrados en el artículo 41 y reconocidos

³¹ Constitución de la República Federal de Somalia (consultada en línea el 18 de diciembre de 2015). Base de datos disponible en: <http://www1.umn.edu/humanrts/research/Somalia-Constitution2012.pdf>.

como la Comisión de Derechos Humanos, al igual que el mecanismo regulado en el artículo 39 que contempla la reparación del daño en caso de existencia de violación de derechos humanos, es decir, se tiene un gran avance al contemplar estos supuestos; no obstante, a esta Constitución definitivamente le falta desarrollarse para lograr un mecanismo de defensa estipulado en este cuerpo normativo que facilite el acceso a ejercerlo para que de esta manera se les garantice el goce y la protección de garantías a sus habitantes.

Constitución de 2014 de Túnez

Túnez actualmente es reconocido a nivel mundial por el logro de su nueva Constitución, caracterizada por ser creadora de posturas de gran avance en cuestiones como consenso entre laicistas e islamistas, situación a la que no se había logrado llegar, ya que se consideraba una situación irremediable. Túnez ha demostrado, además, que es posible conciliar dos posturas aparentemente irreconciliables.

La Constitución actual fue aprobada el 26 de enero de 2014; podemos decir que es relativamente nueva, o considerarla entre las más recientes del continente africano. La experiencia tunecina será modelo para otros países del entorno si tras la aprobación de la carta magna es capaz de profundizar en la democracia, estabilizar el país e iniciar políticas de igualdad económica y social que permitan desarrollar y cumplir el contenido de la Constitución sancionada, ya que en ella hemos encontrado lo que en otras no, y nos referimos a la creación de organismos especializados en la vigilancia para el respeto y promoción de los derechos humanos, mismos que encontramos su origen en preceptos constitucionales de Túnez, específicamente en el artículo 128, en la tercera parte referente a la Comisión de Derechos Humanos, así como en la cuarta parte “Comisión para el Desarrollo Sostenible y los Derechos de las Generaciones Futuras” concretamente en su artículo 129, ambos preceptos que literalmente estipulan lo siguiente:

Tercera parte: Comisión de Derechos Humanos

Artículo 128. La Comisión de Derechos Humanos supervisa el respeto y promoción de los derechos humanos y las libertades, y hace propuestas para desarrollar el sistema de derechos humanos. Debe ser consultada sobre los

proyectos de leyes que caen dentro del ámbito de su mandato. La Comisión lleva a cabo investigaciones sobre violaciones de los derechos humanos con el fin de resolverlos o remitirlos a las autoridades competentes. La Comisión estará compuesta por miembros independientes e imparciales con competencia e integridad. Se comprometen sus funciones por un único periodo de seis años.

Cuarta parte: Comisión para el Desarrollo Sostenible y los Derechos de las Generaciones Futuras

Artículo 129 La Comisión para el Desarrollo Sostenible y los Derechos de las Generaciones Futuras será consultada sobre los proyectos de ley relacionados con cuestiones económicas, sociales y medioambientales, así como los planes de desarrollo. La Comisión podrá emitir su opinión sobre temas que constituyen su ámbito de responsabilidad. La Comisión estará compuesta por miembros con competencia e integridad, que llevarán a cabo sus tareas por un único periodo de seis años.³²

Cabe destacar que esta Constitución africana es de las más novedosas entre los países del continente africano, y ha sido reconocida por sus grandes avances en cuanto al contenido normativo de la misma, enfocándolo a nuestro tema de ocupación, podemos apreciar que dentro de su cuerpo legal, este instrumento contempla figuras establecidas como organismos que regulan y vigilan el funcionamiento y la protección de los derechos humanos de sus habitantes, por lo que es punto central para nuestro estudio el hecho de saber que en Túnez se encuentra contemplada una figura distinta a las ya conocidas, que se encarga de la vigilancia y el cumplimiento de las garantías fundamentales de sus habitantes, lo que podemos denotar dentro de la legislación africana, como un gran avance en el tema de los derechos humanos.

Constitución de la República de Mozambique

La República de Mozambique adoptó la Constitución, actualmente vigente, en 2004; en dicha Constitución encontramos regulada la fi-

³² Constitución de 2014 de Túnez (consultada en línea el 18 de marzo de 2016). Base de datos disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Tunisia_2014.pdf; http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2014/DIEEEA23_2014_ConstitucionTunez_MJIA.pdf.

gura del *habeas corpus*, al igual que en la Constitución de Angola; sin embargo, a diferencia de esta nación, Mozambique lo estipula en su artículo 66, dentro del capítulo III, de la siguiente manera:

Capítulo III. Derechos individuales, libertades y garantías

Artículo 66. El *habeas corpus*.

1. En el caso de la prisión o detención ilegal, el ciudadano tiene derecho a interponer un recurso de exhibición. 2. El recurso de exhibición se interpondrá ante un tribunal, que decidirá sobre el asunto dentro de un plazo no mayor de ocho días.³³

Tratándose de Mozambique, podemos darnos cuenta que contiene una figura de suma importancia para sus habitantes, ya que el *habeas corpus* es un proceso especial donde se le reconocen derechos al imputado dentro de un procedimiento penal; sin embargo, en la Constitución de esta República falta mucho por establecer, ya que no se cuenta con los organismos, mecanismos o figuras suficientes que faciliten a sus nacionales el acceso a la protección y reconocimiento de sus derechos humanos, es decir, no hay un mecanismo de protección definido, ni contemplado dentro de su Constitución.

LOS APORTES DEL SISTEMA AFRICANO
DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS
Y DE LOS PUEBLOS A LA DEFENSA Y PROTECCIÓN
DE LOS DERECHOS HUMANOS EN ÁFRICA

La promoción y la protección de los derechos humanos ha sido desde hace mucho el centro de las preocupaciones e inquietudes universales. Sin embargo, podemos adelantar, sin dudas, que el continente africano encabeza la lista de los lugares en los que el disfrute de los derechos humanos sigue siendo precario.

³³ Constitución de la República de Mozambique (consultada en línea el 18 de marzo de 2016). Base de datos disponible en: [http://confinder.richmond.edu/admin/docs/Constitution_\(in_force_21_01_05\)_%20\(English\)-Mozlegal.pdf](http://confinder.richmond.edu/admin/docs/Constitution_(in_force_21_01_05)_%20(English)-Mozlegal.pdf); http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=es&p_isn=21149&p_country=MOZ&p_count=108&p_classification=01&p_classcount=18.

En los años sesenta y setenta del pasado siglo, las violaciones de derechos humanos perpetradas a escala masiva por personas como Jean Bedel Bokassa en la República Centro Africana, Idi Amin Dada en Uganda o Macias Nguema en Guinea Ecuatorial, proporcionaron el contexto en el que el continente basó su sistema de derechos humanos. Nunca sabremos el número exacto de personas que perdieron la vida en dicho periodo, pero cientos fueron brutalmente masacradas y miles debieron cruzar las fronteras para salvar sus vidas. Otros dictadores como Mobutu Sese Seko en Zaire (ahora República Democrática del Congo) ejercieron el poder de modo ilimitado a costa del desarrollo y bienestar de su población, dejando un legado de violaciones de derechos humanos a su paso. Los golpes militares se sucedían unos a otros en países como Nigeria, dando lugar a guerras civiles y alzamientos.

Las discusiones sobre la adopción de un tratado de derechos humanos para África comenzaron en el Congreso de Juristas Africanos en Lagos, Nigeria, en 1961. La idea se consideró después por los juristas francófonos en Dakar, Senegal, en 1969. Dicho documento se hizo urgente a la luz de las graves violaciones de las que todo el continente estaba siendo testigo. Se consiguió un “impulso real” durante la 16a. Sesión Ordinaria de la Organización para la Unidad Africana (OUA) en Monrovia, Liberia, del 17 al 20 de julio de 1979. La OUA adoptó una decisión pidiendo a su secretario general, Edem Kodjo, que organizara una reunión encargada de la preparación de un borrador preliminar del previsto tratado. Estos son los antecedentes históricos del nacimiento del sistema africano de derechos humanos, sin olvidar, por supuesto, la guerra fría que tenía lugar al mismo tiempo. La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos es el instrumento fundador del sistema africano de derechos humanos.

Ahora los principios y objetivos del Acta Constitutiva de la Unión Africana de 2000, *destacan la necesidad de promover y proteger los derechos humanos*. El Acta dispone que “Los líderes africanos deben promover y proteger del sistema africano de derechos humanos, consolidar la cultura e instituciones democráticas y garantizar un buen gobierno y el Estado de derecho”. Con mayor especificidad, el Acta dispone en su artículo (g) “la promoción y protección de los derechos humanos y de los pueblos en consonancia con la Carta Africana de los Derechos

Humanos y de los Pueblos y otros instrumentos relevantes de derechos humanos”.

Para ello, el Sistema Africano cuenta con los siguientes tratados: Convención sobre Aspectos Específicos del Problema de los Refugiados en África; la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; la Carta Africana de los Derechos y Bienestar del Niño; Protocolo de la Carta Africana para el Establecimiento de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; el Protocolo a la Carta Africana de los Derechos de la Mujer en África, y la Convención para la Protección y Asistencia de los Desplazados Internos en África (Convención de Kampala). Sin embargo, las aportaciones que ha hecho el Sistema Africano a la Defensa y la Protección de los Derechos Humanos en África han sido, en su mayoría, gracias a los mecanismos de vigilancia del Sistema Africano de Derechos Humanos con los que cuenta:

La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos

- La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, establecida a la luz del artículo 30, es el órgano de seguimiento de la aplicación de la Carta Africana. Creada en 1987, debe vigilar el cumplimiento por parte de los Estados de los derechos humanos y de los pueblos contenidos en ella, así como garantizar su protección. La Secretaría de la Comisión tiene su sede en Banjul, Gambia.
- Abarca los 53 países de la Unión Africana y todos los derechos humanos contenidos en la Carta Africana;
- Es responsable de la promoción y la protección de los derechos humanos en África (artículo 45 de la Carta Africana);
- Esto implica el examen de los informes que los Estados miembros están obligados a presentar cada dos años con respecto a la situación de los derechos humanos en su territorio (artículo 62);
- Tiene multitud de mecanismos diferentes, incluyendo relatores especiales, grupos de trabajo, visitas (promocionales o de investigación) a los países miembros;
- La Comisión recibe y decide sobre las denuncias —llamadas comunicaciones— de particulares, organizaciones no gubernamentales

mentales y los Estados miembros. Hasta la fecha, la Comisión ha recibido 384 comunicaciones. Actualmente, hasta mayo de 2011, hay 80 comunicaciones pendientes ante la Comisión.

El Comité sobre los Derechos y el Bienestar del Niño

- El ACERWC fue establecido para “promover y proteger los derechos y el bienestar del niño” en virtud del artículo 32 de la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño.
- Se compone de 11 miembros de alta reputación moral, integridad, imparcialidad y competencia en materia de derechos y bienestar del niño. Los miembros son nombrados por la Asamblea de la UA de Jefes de Estado y de Gobierno de entre una lista de personas designadas por los Estados parte. Los miembros de la ACERWC ejercen sus funciones por un periodo de cinco años y no son reelegibles.
- El Comité vigila el cumplimiento de la Carta, revisa los informes estatales y también lleva a cabo investigaciones.
- Una función única a nivel mundial del ACERWC, es examinar las comunicaciones que se le presenten, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44 de la Carta de los Niños, que le da la base jurídica para recibir dichas comunicaciones.
- En las directrices que el ACERWC ha desarrollado para el examen de las comunicaciones, éstas son consideradas como toda comunicación o denuncia de un Estado, de un particular o de organizaciones no gubernamentales, denunciando actos que son perjudiciales para el derecho o los derechos del niño.
- Hasta la fecha, ha dictado una decisión en un caso presentado por el IHRDA, para combatir la discriminación contra los niños de la comunidad nubia en Kenia.

La Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos

- 9 de junio de 1998: adopción del Protocolo de la Carta Africana estableciendo la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en Ouagadougou, Burkina Faso.

- 11 de julio de 2003: adopción del Protocolo del Acta Constitutiva de la Unidad Africana para establecer el Tribunal de Justicia de la Unión Africana en Maputo, Mozambique.
- 25 de enero de 2004: entrada en vigor del Protocolo a la Carta Africana, se crea la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.
- En julio de 2005, la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno en Sire, Libia, da el visto bueno a la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos creando los procesos para comenzar a operar.
- Los primeros 11 jueces de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos fueron elegidos por la Cumbre de la Unidad Africana en Jartum, Sudán, el 22 de enero de 2006 y prestaron juramento en Banjul, Gambia, seis meses después.
- 31 de agosto 2007: se firma entre la República de Tanzania y la Unión Africana el acuerdo para instalar la sede del Tribunal en Arusha, Tanzania. El Tribunal se encuentra allí.
- El Tribunal de Justicia, en virtud del artículo 2 es el encargado de completar el mandato de protección de la Comisión Africana.
- La *locus standi* (legitimación activa) es restrictiva. Hay una disposición en el sentido de que cualquier Estado miembro podrá, en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión, o en cualquier otro momento posterior, realizar una declaración aceptando la competencia del Tribunal para recibir los casos que dan acceso directo a los individuos y las organizaciones no gubernamentales. Así, en términos sencillos, lo que esto supone es que sólo si un Estado hace una declaración, los individuos y las organizaciones no gubernamentales tendrán acceso al Tribunal. En efecto, esto limita el acceso al Tribunal de los individuos y la sociedad civil respecto a materias que les incumben como las violaciones a sus derechos fundamentales. Hasta la fecha, sólo cinco países han hecho esta declaración: Burkina Faso, Ghana, Malawi, Malí y Tanzania.

- El Tribunal emitió su primera sentencia en diciembre de 2009 en el caso *Michelot Yogogombaye contra Senegal* sobre el asunto Hissen Habré. Se trató la cuestión del acceso por una persona al Tribunal donde el país no había realizado la declaración.
- Ha dictado medidas provisionales en lo que se conoce como el caso de Libia, el 25 de marzo de 2011. El 16 de marzo de 2011, Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos recibió una comunicación presentada por la Comisión Africana contra Libia por violaciones graves y masivas de los derechos garantizados en la Carta Africana. Consideró conveniente dictar medidas provisionales, ya que existía una situación de extrema gravedad y urgencia, así como un riesgo de daño irreparable a las personas objeto de la solicitud, uno de los cuales es un abogado de la oposición que fue detenido.

El mayor contrincante de estos tres órganos de vigilancia es la falta de voluntad política en la aplicación de “conclusiones y recomendaciones”, que no son vinculantes. De hecho, el ex presidente de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Sanji M. Monageng, estimó que en 2010 apenas 35% de las “recomendaciones y conclusiones” fueron cumplimentadas, algunas incluso de manera parcial. Sin embargo, a pesar de la falta de voluntad política, la existencia de estos órganos de vigilancia de la protección de los derechos humanos ha sido punta de lanza para que los países del continente africano produzcan sus propios mecanismos de protección de los derechos humanos. Tal es el caso de Túnez y Sudán, quienes crearon comités y comisiones para garantizar la protección de los derechos humanos; Angola y Mozambique han logrado llevar a nivel constitucional el *habeas corpus* y *habeas data*; y no debemos olvidar que Zimbabwe estableció en el artículo 24 de su Constitución un mecanismo de protección de derechos humanos, más concreto que el de los demás países africanos.

Es notorio el avance logrado en materia de protección de derechos humanos desde los inicios del Sistema Africano de Protección de los Derechos Humanos y de los Pueblos. Actualmente podemos observar un total reconocimiento de los derechos humanos por parte de los países de África y el comienzo ya imparable de la implementación de

mecanismos de protección cada vez más específicos y concretos para garantizar el respeto a los derechos humanos de todos y esto es gran medida por la influencia que representó México al continente africano al establecer constitucionalmente el mecanismo de protección de los derechos humanos por excelencia: el juicio de amparo.



LA INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917 EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

Julio César Ortiz Gutiérrez

PRESENTACIÓN

1. Este informe ha sido elaborado como parte del proyecto editorial del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM que coordinan Eduardo Ferrer MacGregor y Diego Valadés, desarrollado con ocasión de la celebración del primer centenario de vigencia de la Constitución política y social del pueblo mexicano, que de modo singular precede y se anticipa a las demás codificaciones constitucionales de contenido social como la Constitución de Weimar de 1919, la de la Unión Soviética de 1918 y la de Austria de 1924 y la española de 1931.

2. La principal virtud de los trabajos constituyentes de Querétaro de hace cien años, ha sido su permanencia y actualidad y, precisamente su influjo en el constitucionalismo de todo el siglo XX, tanto en Europa como en América latina como es el caso de la República de Colombia donde ejerció su influencia de modo indirecto hasta 1930 y posteriormente de modo muy directo y derivado desde 1936 hasta la expedición de la carta política de 1991.

La Constitución de Querétaro de 1917, con profundas y múltiples reformas, adiciones y mutaciones, que se declara inicialmente como una reforma a la Constitución política de 1857, aun conserva su vigencia estructural vigorosa y su legitimidad se mantiene indiscutida en su

* Profesor de la Universidad Externado de Colombia.

esencia social e ideológica y en los elementos más decantados y probados de su cuerpo. A pesar de su permanente adecuación a las demandas del sistema político y social mexicano y de los sucesivos regímenes de gobierno en la República mexicana tan profundamente transformados y tensionados en este siglo de vida nacional, su Constitución política y social no sólo se mantiene viva y fluida en su país sino que ejerce notable influjo en el constitucionalismo latinoamericano.

La de Querétaro se expidió como una Constitución para un Estado laico, radical, liberal, federal, republicano y social que garantiza todas las libertades conocidas en su momento como las libertades religiosas, de credo y profesión de culto, y prohíbe a las iglesias la adquisición de bienes raíces y la celebración de ritos fuera de los templos. Así mismo les prohíbe a las iglesias tener como de su propiedad templos destinados al culto público.

De otra parte establece que el gobierno y el poder representativo sólo puede recaer en ciudadanos mexicanos libres de toda jerarquía y mando y se establece la elección directa de los integrantes de los gobiernos, lo mismo que el principio de la no reelección presidencial en cualquier tiempo y las reglas de la responsabilidad penal y política de los titulares del Poder Legislativo y Judicial.

El orden constitucional se funda en el principio de la soberanía nacional pero el origen de la misma es popular y establece una República representativa y democrática con separación de los tres poderes originarios. Se decreta la restitución de tierras y se ordena una profunda reforma agraria y el fraccionamiento de la propiedad latifundista. Se prohíben los monopolios y los estancos, las prácticas de acaparamiento y concentración de bienes de consumo necesario. Se garantizan las libertades de enseñanza, pensamiento, difusión de escritos, de profesión u oficio, y asociación y de trabajo, el de petición, de reunión, de posesión de armas, de circulación y residencia, la inviolabilidad de la correspondencia.

En la Constitución política de 1917, se garantizan los principios de igualdad y de legalidad de los procesos, de los delitos y las penas, la irretroactividad de la ley penal desfavorable, la inviolabilidad del domicilio, de los papeles privados y de la persona física, el debido proceso penal, la prevalencia de la libertad, la no autoincriminación, el derecho de defensa en procesos orales y públicos. La de Querétaro es una carta

política que proclama el dominio originario y el poder eminente de la Nación de las tierras y aguas dentro del territorio mexicano, la utilidad y el interés público y social de la mismas, lo mismo que la propiedad directa de todos los recursos minerales, y recursos naturales no renovables. Además, se limitan y condicionan las facultades excepcionales en casos de perturbación de la paz pública y de invasión.

3. En efecto, la conmemoración nacional mexicana de la larga vida de la carta política y social y de las bondades constitucionales de la obra de Querétaro se hace gracias a la eficacia estructural de esa misma. La vida fluida de la Constitución política y de la Constitución social, contenida en aquella, se ha mantenido durante cien años de grandes transformaciones económicas, políticas, sociales y culturales.

Con ella, y gracias a ella, se ha garantizado la continuidad democrática de la República mexicana a pesar de sus tensiones, retos y vicisitudes y de sus debilidades prácticas y dogmáticas y a pesar de las duras tensiones y de los graves retos de su democracia, pues son más las virtudes y las oportunidades y los recursos que ella ha brindado a los varios regímenes políticos mexicanos, que sus carencias, olvidos y retrasos históricos.

4. Esta Constitución es producto de un dilatado proceso revolucionario y constituyente con el que se detiene e institucionaliza la Revolución mexicana y contiene la afirmación política de toda la sociedad por establecer un orden político superior que asegure la configuración de un orden normativo, económico y social justo basado en el reconocimiento y garantía efectiva de los derechos constitucionales del pueblo y especialmente de los trabajadores de la ciudad y del campo.

La de Querétaro es la primera Constitución que reconoce con rango superior los derechos económicos y sociales de los trabajadores, la previsión social y los deberes sociales del Estado y de los patronos así como los derechos de asociación sindical, negociación colectiva, huelga y asistencia social.

Además de una Constitución federal, que se proclama laica y liberal es una Constitución esencialmente social de lo cual da cuenta el artículo 123 que sienta las bases y da origen al derecho laboral moderno, como quiera que limita la jornada laboral la remuneración mínima y variable y el derecho de los trabajadores a participar en utilidades, estable las

condiciones para el trabajo digno, protege a los menores trabajadores y los derechos de los niños en materia de trabajo, lo mismo que los derechos de la mujer trabajadora.

5. Reiteramos que la Constitución de Querétaro de 1917, inaugura en el mundo occidental la era de los derechos sociales y del constitucionalismo social y su influencia científica y doctrinaria ha sido significativa en el ámbito del derecho constitucional latinoamericano en general y europeo en particular como en la Constitución española de 1931, en la Constitución de Weimar de 1919 y en la de Austria de 1924. En muchos casos su influencia y en particular la de los alcances y contenidos del artículo 123 constitucional es definitiva en otros regímenes constitucionales de orden social como en la reforma constitucional de 1936 y en la carta política de 1991 de Colombia. Dicha normatividad mexicana es la fuente de nuestro derecho laboral que comienza a construirse desde la segunda década del siglo XX en Colombia. Cabe advertir que la Constitución de Querétaro es la primera en establecer el principio del valor normativo y judicial de la Constitución y del Bloque de constitucionalidad en cuanto incorpora como parte de la misma Ley Suprema los tratados suscritos y aprobados por el Congreso, tal como lo estableció el artículo 133.

Sin duda, la influencia de ese apartado constitucional mexicano resulta ser indirecta como en el caso de la recepción de instituciones constitucionales de la *Primera República Española* pero que reproducen las instituciones constitucionales mexicanas.

6. Con relación al objeto de la presente reseña, es preciso advertir de modo preliminar que la influencia del constitucionalismo mexicano de 1917 en los procesos constitucionales de Europa y de América latina ha sido evidente y que la mutua alimentación y auxilio es clara y precisa en varios regímenes como el colombiano por varias vías, muy a pesar de nuestras serias confrontaciones bipartidista internas y de las sucesivas violencias sangrientas y dolorosas y de la inestabilidad política generalizada, precisamente, por el propósito de asimilarlas o de confrontarlas con radicalismos frenéticos.

7. Ahora bien, la historia constitucional colombiana elaborada desde ambas perspectivas se debe examinar teniendo en cuenta las varias influencias y las coincidencias normativas e institucionales internas y

regionales; además, nuestra evolución se debe examinar desde el punto de vista doctrinario, partidista e ideológico y sin desconocer la larga historia de la lucha por construir un Estado constitucional y democrático, teniendo en cuenta la mutua influencia regional y las graves situaciones de conflicto interno y de inestabilidad política y militar.

8. En nuestro caso, es decir en la determinación de la influencia directa o indirecta de la Constitución de 1917 en el constitucionalismo y en las Constituciones colombianas, es evidente que los constituyentes liberales de 1936 y de 1945 tomaron como fuente para la reestructuración de los componentes sociales y económicos de la Constitución conservadora de 1886, algunos de los elementos ideológicos de la Constitución de Querétaro, principalmente en materia de los derechos de los trabajadores, de las libertades públicas y de los derechos de las personas naturales y de las organizaciones de los trabajadores, función social de la propiedad, las relaciones Iglesia-Estado, los derechos sociales del pueblo, la rectoría económica y la intervención del Estado y los temas de la propiedad agraria entre otros, como lo veremos más adelante.

Encontramos la influencia del constitucionalismo mexicano en el ámbito legislativo nacional, principalmente antes de la caída de la hegemonía conservadora y del establecimiento de una *Nueva República Liberal* y de la llamada *Revolución en Marcha*. Desde luego, el cambio constitucional de 1991 que se produjo con la expedición de una nueva, y ya célebre, carta política nacional, hace evidente una nueva oleada de aproximaciones constitucionales con la carta constituyente de Querétaro y de sus evoluciones en materia de procuración, administración e impartición de justicia y de los derechos sociales de contenido económico.

9. No obstante esta ausencia de disposiciones constitucionales de contenido social, laico y progresista, que sólo se incluyen en el texto de la Constitución Política de Colombia hasta las grandes reformas de 1936 y 1945 y en la carta política de 1991, existe un buen número de leyes expedidas por los congresos de mayorías y de hegemonías conservadora que avanzaron en la incorporación de algunas instituciones jurídicas atribuibles a dicha influencia ideológica y a dicho movimiento constitucional y de ello me ocuparé más adelante, principalmente en materia de

derechos sociales de los trabajadores, derecho de tierras y de seguridad y asistencia social. De igual modo presento como anexos los listados de las leyes que se expidieron durante el periodo hegemónico después de 1917 de contenido social y que reflejan las influencias mencionadas.

10. En su desarrollo histórico en lo que llamamos la República de Colombia sólo recibimos de modo evidente los desarrollos del constitucionalismo social y de las evoluciones y retos que plantea su vigor de modo directo después de 1930 y con mayor profundidad en la legislatura de 1936 en el primer gobierno de la llamada segunda República Liberal de Alfonso López Pumarejo y en 1945 durante el gobierno de Eduardo Santos Montejo.

11. Posteriormente también encontramos su influencia en los trabajos de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 que, en nuestra opinión es el momento culminante de nuestro constitucionalismo ya en las postrimerías del siglo XX y en estos primeros quince años de vida constitucional en el siglo XXI en los que se han producido varias y muy profundas reformas en la idea de establecer una tercera vía que desatiende los compromisos fiscales de contenido social para privilegiar la financiación de obras de infraestructura y de transporte en la cual se introducen los derechos sociales, las instituciones del amparo o la tutela de los derechos constitucionales del pueblo colombiano. Entre otros grandes componentes de raigambre mexicana.

12. En el caso de Colombia es muy evidente la influencia del constitucionalismo mexicano en el ámbito legislativo nacional, pues el periodo que examinaremos es muy especial dado principalmente la vocación hegemónica del partido conservador y debemos dividirlo metodológicamente en tres periodos. Para ello hemos examinado tanto la normatividad constitucional y legal bajo la óptica del reconocimiento de la existencia de los tres periodos bien delimitados como la normatividad legal nacional, así:

- De 1917 a 1936
- De 1936 a 1945
- De 1945 a 1991

El examen del primer periodo es esencialmente legal y doctrinario, el segundo es predominantemente constitucional y el último es de

carácter constitucional. Igualmente y como veremos en el desarrollo del presente trabajo, para el caso de en la República de Colombia, la influencia del constitucionalismo mexicano de la Constitución de 1917 de Querétaro, es esencial y materialmente reconocida con la expedición de las reformas constitucionales de 1936 y 1945 con sus desarrollos legislativos.

Dicho reconocimiento y su influencia es producto de la tarea del congreso en funciones legislativas y constituyente cuando fue mayoritariamente liberal; la presencia del constitucionalismo de Querétaro entre nosotros esencialmente se produjo por la tarea de las nuevas generaciones de jóvenes liberales que llegaron al poder durante los gobiernos de Enrique Olaya Herrera, Alfonso López y Eduardo Santos y de Alberto Lleras Camargo en 1945 en su primera gestión en reemplazo del mismo López que debió renunciar ante la férrea oposición conservadora. Fueron apenas dieciséis años de gobiernos liberales que marcaron el ingreso constitucional de Colombia a la modernidad introducida desde México al constitucionalismo americano con la constitución de 1917, y entre ellos destacan Eduardo Santos, Parmenio Cárdenas, Darío Echandía, Antonio Rocha, Alberto Lleras Camargo, German Zea, Carlos Lleras Restrepo, Carlos Lozano, Gerardo Molina, Tulio Enrique Tascón, Diego Montaña Cuellar, Alejandro Galvis Galvis Ramón Miranda, Diego Luis Córdoba, Darío Samper, José Joaquín Caicedo Castilla, Timoleón Moncada y otros. Algo parecido, pero a la inversa, ocurrió cuando en 1946 se divide nuevamente el Partido Liberal entre los seguidores del caudillo popular Jorge Eliecer Gaitán y los de Gabriel Turbay resultando vencedor el joven jefe conservador antioqueño don Mariano Ospina Pérez lo cual produce un nuevo estancamiento en los procesos de transformación de la Constitución de Colombia.

En efecto, la reforma constitucional de 1936 incluye con muchas restricciones y pocos alcances constitucionales las más importantes cláusulas del Estado Social y de los derechos sociales del pueblo en México que podían admitirse entre nosotros. También lo hacen, la reforma constitucional de 1940 por el cual se autoriza al legislador para la creación y la organización de la jurisdicción del trabajo y la integral, y más extensa de 1945.

Buena parte de nuestra historia de la primera parte del siglo XX se puede dividir en tres periodos. El primero de hegemonía conservadora que llega a 1930 y 1936 y el segundo desde el gobierno de Alfonso López Pumarejo hasta y la caída de partido liberal en 1946 y el asesinato de Jorge Eliecer Gaitán en 1948 con la explosión social del llamado Bogotazo. El tercero verdaderamente constitucional desde 1991 con la expedición de la Constitución que hoy rige en nuestro territorio

LAS GUERRAS CIVILES DE FINALES XIX Y DE LOS INICIOS DEL SIGLO XX Y LA NUEVA DERROTA DEL LIBERALISMO

1. Como cuestión fundamental en este apartado es preciso advertir que el primer periodo que se examina es producto de un siglo de largas guerras civiles entre liberales y conservadores y de inestabilidad constitucional y política, que hereda las cargas ideológicas e institucionales de las pugnas civiles y militares entre liberales y conservadores y sus diferencias profundas acaecidas durante todo el siglo XIX.

Obviamente, cabe recordar que el liberalismo colombiano había sufrido dos graves y dolorosas derrotas militares y políticas que condujeron a la supresión de la Constitución de los *Estados Unidos de Colombia* de 1863 y al establecimiento de una muy larga hegemonía conservadora antiliberal y a la exclusión de las ideas sociales de la normatividad constitucional y legal de nuestro país, de una parte en la guerra civil de 1885. De otra, parte la segunda derrota militar y política que ocurrió en 1902 cuando el mismo liberalismo radical fue sacrificado y marginado del poder con la victoria miliar del gobierno conservador y con la firma de tres tratados de paz¹ con los insurgentes liberales, y con la separación y pérdida de Panamá en 1903.

Esta segunda derrota sumió al país en un periodo de concentración política en torno de los jefes militares y políticos vencedores, precisamente contrarios a las ideas del constitucionalismo social y del estado laico.

¹ El gobierno conservador firmó con los insurgentes liberales los tratados de Neerlandia, Chinacota y Wisconsin en 1902 la terminación de la nefasta *Guerra de los Mil Días* que produjo más de cien mil muertos.

2. La estructura oligárquica y regional de señoríos y de fuerzas de terratenientes y clérigos presente durante todo el siglo XIX mantuvo la vigencia de un régimen republicano de fuerte sabor excluyente y estamental, fundado en el poder terrateniente de los señores, jefes de los partidos en las regiones, afincados en la misma segmentación y aislamiento regionalista y de grandes familias tradicionalmente latifundistas, emprendedoras, exportadoras, mineras e industriales según las distintas provincias, en el que han predominado largos periodos de violencia, de derramamientos interminables de sangre entre adversarios partidistas e ideológicos.

3. En Colombia y durante el siglo XIX, aparte del constitucionalismo provincial, de muchos alcances y de muy significativa importancia histórica y académica, se expidieron ocho Constituciones nacionales en 1821, 1830, 1832, 1843, 1851, 1858, 1863 y 1886. La denominación de la Constitución de la república varía a lo largo de nuestra historia, así, Constitución de la República de Colombia de 1821, Constitución Política de la República Colombia de 1830, Constitución del Estado de Nueva Granada de 1831, Constitución de la República de Nueva Granada de 1843, Constitución de la República de la Nueva Granada de 1853, Constitución de la Confederación Granadina de 1858, Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863, Constitución Política de la República de Colombia de 1886 y ahora la vigente Constitución Política de Colombia de 1991.

Las reformas constitucionales entre 1918 y 1936 1945 son en esencia las siguientes:

- El Acto Legislativo núm.1 de 1918 por el cual se sustituye el artículo 44 de la Constitución de 1886 para permitir que toda persona pueda abrazar cualquier oficio u ocupación honesta sin necesidad de pertenecer a gremio de maestros o doctores y para entregar a las autoridades de policía la inspección de las industrias y profesiones en lo relativo a la moralidad, la seguridad y la salubridad públicas. En dicha reforma también se dispuso que la ley podrá ordenar la revisión y fiscalización de las tarifas y reglamentos de las empresas públicas de transporte o conducciones y exigir títulos de idoneidad para el ejercicio de las profesiones médicas y de sus auxiliares y de la de abogado.

- En el Acto Legislativo núm. 1 de 1921 que modifica y sustituye el anterior Acto Legislativo para adicionar que la ley podrá restringir la producción y consumo de licores y de las bebidas fermentadas y que la ley podrá exigir títulos de idoneidad para el ejercicio de las profesiones similares a las médicas.
- El Acto Legislativo núm. 1 de 1924 que organiza el número de magistrados de la Corte Suprema de justicia y la divide en tres salas.
- El Acto Legislativo núm. 1 de 1930 que se ocupa de la composición de las cámaras legislativos y determina la forma de elegir senadores, eran elegidos por las asambleas departamentales, la elección de los representantes a la Cámara de Representantes y la elección de diputados. También se reconoce como facultad de las asambleas departamentales la demarcación de las circunscripciones electorales en un asunto crucial para el régimen político en lo que se llama en Colombia el régimen de los feudos podridos.
- El Acto Legislativo núm. 1 de 1931 que introduce la facultad del legislado para crear y suprimir los círculos de Notaría y de Registro, y la organización y reglamentación del servicio público que prestaban los notarios y registradores.
- El Acto Legislativo núm. 1 de 1932 por el cual se permite la inspección de la profesión de ingeniero y similares del mismo modo como se había dispuesto para las profesiones de médico y similares y la de abogado.
- La reforma constitucional de 1936 que significó una especie de actualización del régimen constitucional colombiano que venía establecido desde 1886 afincado en los gobiernos de hegemonía conservadora y antiliberal. Es la más importante de las reformas constitucionales de este país y significó el regreso de las ideas sociales al constitucionalismo colombiano exactamente cincuenta años después de la primera derrota del liberalismo y del establecimiento de la Constitución de 1886 con su graves y acentuadas notas de confesionalismo,

Como lo advierte Hartlyn (1991), al igual que en toda América Latina, desde los inicios de la República en Colombia introducimos un

modelo de constitucionalismo presidencial, tendencialmente limitado por la articulación y la agregación territorial de los partidos políticos de caciques, señores y delfines y de la iglesia católica, que se ha transformado y comportado de modo diferente a como ha ocurrido en otros países de la región como es el caso de México.

Por ejemplo, nosotros hemos repudiado las presidencias prolongadas, personalistas, caudillistas y no hemos sido afectos a las pretensiones presidencialistas indefinidas o vitalicias y castigamos la reelección prolongada e inmediata como se lo propuso Simón Bolívar.

4. Es preciso reiterar que la guerra civil de la década de 1860 terminó con la victoriosa promulgación de la constitución liberal, federal, laica, anticlerical y radical de 1863 de los Estados Unidos de Colombia que revivía en buena parte la constitución de 1858 que había establecido la llamada Confederación Granadina. Se trata de la “Primera República Liberal” que introdujo el más importante catálogo de elementos de nuestro constitucionalismo democrático y republicano, que estableció un régimen de libertades y derechos fundamentales absolutas y de mecanismos de protección judicial de gran significado doctrinario para los colombianos y que limitó el poder presidencial nacional trasladando buena parte de las funciones entregadas al poder ejecutivo. Se trata de una constitución verdaderamente federal y de un Estado Laico en el que estaban reconocidas los derechos y las libertades de la persona humana en una gran extensión.

5. Esta historia refleja una profunda fractura ideológica nacional entre las tendencias del liberalismo y sus varios matices y las doctrina del conservadurismo confesional y antiliberal que resultó triunfante e imponiéndose desde 1886 hasta 1930, es decir durante más de cincuenta años de hegemonía y exclusión.

Lo mismo es predicable de la llamada desde 1886 República de Colombia, como de los demás países de nuestra región, pues es evidente la profusión de textos constitucionales durante el siglo XIX como dato determinante para reconstruir no sólo la historia constitucional de la mayoría de estos países sino en particular la de Colombia. La de 1886 tuvo una vigencia de 105 años y fue modificada en 67 actos legislativos o reformativos sin incluir los del periodo conservador de Mariano

Ospina Pérez y Laureano Gómez Castro y militar de Gustavo Rojas Pinilla de 1947 a 1957.

6. Buena parte de la historia republicana del siglo XIX fue signada por grandes periodos de violencia civil y militar en las regiones, de cambios constitucionales recurrentes y de separaciones territoriales perversamente ordenadas que redujeron nuestro territorio a menos de la mitad de su extensión.² Esto produjo un estado pobre y débil, y unos partidos excluyentes y no reformados salvo en los inicios de los gobiernos de Rafael Núñez Moledo y de Rafael Reyes Prieto. En todo caso, la Constitución de 1886 permitió la instalación de gobiernos conservadores de larga duración y les atribuyó competencias y facultades de excepción a favor de un modelo nacional unitario, centralista, confesional, clerical y antiliberal, de presidencialismo extremo, autoritario y personalista. Todo lo cual militó en contra de la recepción constitucional directa de los avances del constitucionalismo social y de avanzada hasta bien entrada la primera mitad del siglo XX.

7. Uno de los elementos que nos permiten entender la situación política y constitucional de Colombia al momento de la expedición de la Constitución mexicana de 1917 y su desarrollo es el de la inestabilidad civil y militar existente durante todo el siglo XIX y la vocación de permanencia y hegemonía que rodeó la expedición e imposición de la Constitución en 1886 y su rigidez estructural que impuso a finales de siglo el movimiento de la llamada Regeneración.

En efecto, el siglo XIX fue un siglo de guerras civiles y de inestabilidad constitucional no sólo colombiana sino regional, mucho más sentida con la disolución de la Gran Colombia y la muerte de los sueños de Bolívar de una gran república con varios de los territorios independizados de España en su gesta libertadora.

² Para Restrepo Piedrahita (1995), las Constituciones provinciales en nuestro país fueron, entre otras las siguientes: La Constitución Monárquica de Cundinamarca de 1811, la de las Provincias Unidas de la Nueva Granada de 1811, la Constitución republicana de Cundinamarca de 1812, la nueva versión de la Constitución de Cundinamarca de 1815, la Constitución de la República de Tunja de 1811, las Constituciones de Antioquia de 1812 y 1815, la Constitución de Cartagena de Indias de 1812, la de las ciudades confederadas del Valle del Cauca de 1811, la Constitución de Popayán de 1814, las del gobierno provisorio de la Provincia de Pamplona de 1815, y las de Mariquita y Neiva de 1815.

Así, como lo advierte Quinche Ramírez (2015):

...uno de los rasgos más notorios de los países andinos es el de haber contado desde el proceso de independencia con constituciones, sin haber podido edificar debidamente un Estado constitucional democrático. Más aun, dichos países no han logrado contar con una constitución sólida que les permita erigirse de modo definitivo, debido en partes a la presencia de dos fenómenos recurrentes: la debilidad institucional y el reformismo constitucional.³

8. El ámbito histórico de este trabajo queda comprendido bajo el supuesto según el cual desde 1886 existió una fuerte prevención de los grupos conservadores dominantes en Colombia a las influencias de todo lo que tuviera contenidos y formas liberales y sociales y de evitar que la Constitución política de 1886 fuera alterada en su esencia confesional, centralista, conservadora y presidencialista.⁴

Para este arco temporal y normativo constitucional ciertamente reducido, examinamos nuestro constitucionalismo desde ambas perspectivas, especialmente desde la perspectiva normativa y desde la óptica doctrinaria e ideológica con especial énfasis en la descripción de las más importantes notas políticas del periodo bajo examen, y de la posible influencia jurídica, normativa institucional e ideológica. Inicialmente hacemos una breve y suscita descripción historiográfica de los varios momentos político constitucionales de Colombia en los que se proyecta la influencia del texto constitucional mexicano de 1917, que pasan por el ordenamiento legal ordinario colombiano y luego por las reformas constitucionales de 1936, 1945 y 1968 que efectúan modificaciones sustanciales a la Constitución de 1886.

9. Son varios elementos los elementos históricos que nos permiten examinar la influencia de la Constitución política mexicana expedida en Querétaro de 1917, en el constitucionalismo colombiano y en los textos de las reformas constitucionales expedidas en la República de Colombia desde 1918 hasta la Constitución de 1991, pasando principalmente por la reforma constitucional de 1936 expedida durante el primer gobierno de Alfonso López Pumarejo de 1934 a 1938.

³ Manuel F. Quinche Ramírez, *Derecho constitucional colombiano*, 6a. ed., Bogotá, Temis, 2015.

⁴ *Idem*.

Como lo señala Pécaut en el trabajo Calderón, María Teresa y Restrepo Isabel, editoras (2010):⁵

La singularidad de Colombia durante el último siglo consiste en que ha invocado, de manera casi permanente, el Estado de derecho, así como un sistema de representación pluralista en el campo político y una orientación ortodoxa y prudente en el campo económico. Únicamente se produjo un golpe militar; un régimen autoritario sólo ha logrado establecerse de manera efímera, y ninguna movilización populista ha tenido consecuencias duraderas.

Lo que ha prevalecido entonces es un modelo liberal. Muchas veces las convicciones no representan gran cosa y amplios sectores han manifestado siempre su antiliberalismo. En realidad, la fuerza de este modelo remite sobre todo al hecho de que hace posible las transacciones que garantizan una cierta estabilidad en una sociedad geográfica y, sobre todo, políticamente fragmentada. Más que estado, con una autoridad muy a menudo precaria, son dos los partidos tradicionales, formados a mediados del siglo XIX, los que gracias a las transacciones permanentes, han tomado a su cargo la preservación de un mínimo de cohesión de la sociedad a todo lo largo del siglo.

10. El confesionalismo de los poderes públicos y el gran poder de la iglesia católica romana sobre las autoridades y el pueblo conservador, el temor a las ideas socialistas y revolucionarias de Europa alejó la posibilidad de introducir las ideas de los reformadores de la segunda década del siglo en nuestra institucionalidad y las redujo a unas tareas legislativas a favor de las reformas sociales que describen ese pánico político al derecho social, a los derechos de los trabajadores y a los compromisos entre las clases.

11. De otra parte es preciso destacar que la lista de los presidentes titulares de estirpe y raigambre conservadora desde 1886 es la siguiente:

1. Rafael Núñez Moledo ocupó la presidencia de la Republica en cuatro oportunidades desde 1880 hasta 1898, Francisco J. Zaldúa la ocupó entre 1882 y 1884. Núñez aparece como liberal en su primera elección en 1880 pero paulatinamente evolucionó en preferencias y amigos hacia el conservatismo.

⁵ María Teresa Calderón e Isabel Restrepo (eds.), *Colombia 1910-1920*, Bogotá, Taurus, 2010.

2. Manuel A. Sanclemente durante el periodo 1898-1904
3. Rafael Reyes Prieto de 1904 a 1910
4. Carlos E. Restrepo de 1910 a 1914
5. José Vicente Concha de 1914 a 1918
6. Marco Fidel Suárez de 1918 a 1922
7. Pedro Nel Ospina de 1922 a 1926, y
8. Miguel Abadía Méndez, 1926 a 1930

También ocuparon la presidencia de la República a otros títulos pero como jefes reconocidos y militantes caracterizados del Partido Conservador durante este periodo de hegemonía los siguientes encargados: José María Campo Serrano, Eliseo Payán, Carlos Holguín, Miguel Antonio Caro, Guillermo Quintero, José Manuel Marroquín, Euclides de Angulo, Jorge Holguín, Ramón Gonzales Valencia.

12. Además, este periodo en pleno siglo XX hereda la pesada carga ideológica de la nueva derrota militar y política del liberalismo en la llamada Guerra de los Mil Días. Cabe observar que situaciones de prolongado conflicto armado en nuestro país se repiten a lo largo de la historia nacional del siglo XX, como lo advierten Rodrigo Pardo y Juan Gabriel Tokatlian, así:

El país ingresó al siglo XX de la mano de la Guerra Civil de los Mil Días, el mayor conflicto latinoamericano de su tipo en el siglo XIX, según Charles Berquguist. Éste dejó unos 100.000 muertos entre el 17 de octubre de 1899 y el 1 de junio de 1903. A finales de ese año Colombia perdió su mayor bien estratégico: Panamá. Tiempo después definió su posición en relación con la primera Guerra Mundial. Más adelante de 1932 a 1933 la nación volvió a la guerra con el Perú. Años más tarde fijó su postura frente a la Segunda Guerra Mundial. En la inmediata posguerra, conoció el periodo de la Violencia (1946-1960), esto es, “el colapso parcial del Estado”, según la atinada expresión de Paul Oquist. Este colapso dejó entre 200.000 y 300.000 muertos, y se constituyó en palabras de Russell Ramsey, en una guerra interna de cuatro fases en el mayor conflicto armado del hemisferio desde la Revolución mexicana.⁶

⁶ Rafael Pardo *et al.*, en María Teresa Calderón e Isabel Restrepo (eds.), *idem*.

Daniel Pécaut (2010) sostiene sobre este elemento que:

Vencedores de la Guerra, los conservadores permanecen en el poder hasta 1930, conservan la Constitución de 1886, incluso con algunas enmiendas, y se inscriben de esta manera en la continuidad de la Regeneración; en otros términos, consolidan el orden moral que la Constitución había inaugurado y lo defienden contra las ideas políticas liberales. De hecho, el impacto de la guerra es tal que la mayoría del Partido Liberal se ve obligada a abandonar cualquier tipo de proyecto que signifique recurrir de nuevo a las armas para acceder al poder.

...

Sin embargo, al salir de la guerra, los conservadores no sólo heredan una constitución sino también unas estructuras políticas y culturales igualmente estables.

...

La Constitución de 1886, como se ha dicho, confería a la iglesia la función de garante del orden social; un concordato firmado al año siguiente le atribuía explícitamente el control de la educación y del estado civil.⁷

Estas disputas se dieron esencialmente frente al papel de la Iglesia católica y éste no solo había sido de adoctrinador, cristianizador y educador oficial, es decir gran contratista del Estado mientras gobernaron los fieles conservadores y republicanos. La iglesia católica además jugó el papel de gran poseedor de bienes de manos muertas y de administrador de territorios de viejas encomiendas y misiones. Buena parte de nuestras contiendas civiles y de los levantamientos militares de caudillos territoriales obedecían a las pugnas por la liberación de esos bienes, por la libertad de pensamiento, de expresión, de prensa y de posesión de armas, religiosa y de enseñanza.

Cabe reiterar que desde 1886 bajo la férula política y la sagacidad caribeña de don Rafael Núñez Moledo y con el breve periodo del quinquenio de Rafael Reyes Prieto, los conservadores establecieron un régimen presidencial antiliberal, confesional, centralizador y eficaz en el mantenimiento del orden público y de las tradiciones clericales y estamentales heredadas de la larga colonización española en nuestro territorio que se prolongó casi intacto hasta 1936.

⁷ En María Teresa Calderón e Isabel Restrepo (eds.), *idem*.

13. Cabe recordar que Rafael Reyes presidió un gobierno férreo hasta 1909, llamado por los historiadores liberales como el *quinquenio terrible* con la pretensión de extender su permanencia en el poder como Porfirio Díaz cuyas ideas y realizaciones conoció durante su vida en México, e introduce como lema de su gobierno el de “más administración y menos política” y lo llamó el gobierno de concordia nacional. Durante este gobierno conservador supuestamente republicano Reyes estableció un órgano legislativo y constituyente permanente que introduce reformas a la constitución nacional de 1886 sucesivamente en 1905, 1907, 1908 y 1909. Además el general Rafael Reyes era llamado jefe nato de todos los partidos.

14. Ahora bien, con las reformas introducidas en 1910 producto de una graves crisis del partido conservador en el poder y con la renuncia de Rafael Reyes se modificaron algunas disposiciones de la Constitución en materia política, elecciones representación y justicia. Principalmente con el acto legislativo número 3, se limitó en parte el modelo presidencialista de la Constitución nacional de 1886 y se establecieron controles constitucionales a las leyes y a los decretos de Estado de Sitio lo mismo que el sistema electoral pues se elimina el régimen mayoritario y se introduce el régimen proporcional con el método del cociente y los residuos.

15. La larga hegemonía termina con las elecciones de febrero de 1930 a las que se presentó el Partido Conservador con dos candidatos para reemplazar a don Miguel Abadía Méndez, así: a. De una parte el poeta payanes Guillermo Valencia y de b. De otra el general de varias guerras civiles Alfredo Vázquez Cobo. A esto cabe agregarle la indecisión del arzobispado de Bogotá que se demoró en optar y en tomar partido entre los candidatos conservadores. Así las cosas el partido Liberal se presentó unidos con Enrique Olaya Herrera ganando este último por mayoría simple.

Esta reforma introduce en nuestro constitucionalismo algunas muy pocas ideas de nuestra liberal y aporta significativos elementos del constitucionalismo social inaugurado por la carta política mexicana de 1917, especialmente en materia de expropiación, intervención y rectoría estatal de la economía y de los derechos de los trabajadores, entre otros, así: comienza el reconocimiento de los derechos políticos de la mujer,

se establece que las autoridades públicas están obligadas a asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, se establece que la propiedad privada es una función social que implica obligaciones, la propiedad privada debe ceder por motivos de utilidad pública o de interés social o público, igualmente se reitera la posibilidad de la expropiación sin indemnización por razones de equidad. Además, se establece que el Estado puede intervenir por medio de leyes en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho.

En la misma línea de la de reformas de contenido social y de orientación liberal se estableció la libertad de conciencia como garantía constitucional, la libertad religiosa tanto de creencia, como de práctica y profesión y se establece que el gobierno puede celebrar con la Santa Sede convenios que regulen las relaciones entre el Estado y la Iglesia católica sobre bases de recíproca deferencia y mutuo respeto, es decir el llamado Concordato. De otra parte se establece la libertad de enseñanza y se asegura que el Estado debe tener la suprema inspección y vigilancia de los institutos docentes, públicos y privados para procurar el cumplimiento de los fines sociales de la cultura y la mejor formación intelectual, moral y física de los educandos y la educación primaria gratuita y obligatoria. Esta reforma constitucional refleja igualmente el sentido social de sus nuevas regulaciones al establecer que la asistencia pública es función del Estado para quienes carezcan de medios de subsistencia y para los incapacitados para trabajar y al disponer que el trabajo es una obligación social y que como tal gozará de la especial protección del Estado.

La reforma de 1936 estableció el derecho de asociación y las garantías al derecho de huelga salvo en los servicios públicos y entregó a la ley la facultad para reglamentar su ejercicio.

Ciertamente, de la lectura de las actas de los debates para adoptar los proyectos de reforma constitucional en 1936 se menciona con frecuencia el texto de la Constitución mexicana, su similitud con varios apartes de la Constitución española de 1931 y de la Constitución de Weimar de 1919 y ello quedó debidamente documentado y reseñado en el trabajo de Tirado Mejía (1982) que hemos mencionado más arri-

ba. Lo mismo se puede deducir del iluminado y precursor trabajo del joven jurista conservador de la época José Gnecco Mozo (1938) que destaca las fuentes ideológicas de ese trabajo.⁸

16. Como lo advierte Varela Suanzes-Carpdegna (2015), la disciplina jurídica de la historia constitucional es una subespecie menor de la ciencia del derecho y una expresión muy especializada la disciplina histórica que se ocupa de la génesis y del desarrollo de las constituciones del estado liberal y de sus mutuas influencias. Ciertamente esta disciplina se puede desarrollar desde la perspectiva normativo institucional y desde la óptica doctrinaria ideológica y política, por ello en el caso del ejercicio de esta disciplina en Colombia nos encontramos con los arduos y muy apreciados trabajos de Carlos Restrepo Piedrahita, quien logró rescatar casi todo el material documental disponible en nuestros archivos y los puso al servicio de todos los especialistas nacionales y extranjeros. Además cabe destacar los trabajos de Álvaro Tirado Mejía sobre la reforma constitucional de 1936, de Jaime Vidal Perdomo y de Vladimiro Naranjo Mesa sobre la historia constitucional de Colombia.

17. No sobra advertir que después de las confrontaciones políticas de 1910 se produce un principio de crecimiento económica y de modernización de las actividades económicas en Colombia con la creación de núcleos fabriles y agroindustriales en varias regiones del país y de crecimiento de las organizaciones sindicales y sus movimientos y huelgas. En efecto, después de las movilizaciones campesinas de trabajadores bananeros, de los ferrocarriles y de carreteras y con la caída del partido conservador en 1930, comenzó el derrumbe la hegemonía conservadora que alcanzó a regir cincuenta años. De otro modo, los trabajos y las novedosas transformaciones del constitucionalismo en la segunda década del siglo XX también fueron materia de reflexión por parte de los juristas y de los gobiernos conservadores de la hegemonía, no sólo para censurarlas y repudiarlas sino para sacar provecho de algunas instituciones relacionadas con la seguridad social, la salubridad, la higiene pública, el régimen de tierras y baldíos y los recursos naturales.

⁸ José Gnecco Mozo, *La reforma constitucional de 1936, comentario jurídico al acto reformativo de la Constitución*, Bogotá, 1938.

Aquella se terminó temporalmente entre 1930 y 1936 con la primera administración de Alfonso López Pumarejo, pues los conservadores regresaron al poder en 1946 por la división del partido liberal y con elección de Mariano Ospina Pérez.

Esa violencia se agudizó con el resurgimiento de la violencia a raíz del asesinato de Jorge Eliecer Gaitán, con el posterior triunfo de Laureano Gómez Castro y el ascenso del general Gustavo Rojas Pinilla y su gobierno militar. Éste alcanzó la cifra de cuatro años como jefe militar y jefe de gobierno hasta 1957 cuando es derrocado por una junta militar de vocación bipartidista.

18. Resulta evidente que nuestros juristas liberales integrantes del equipo de gobierno encabezados por el joven presidente López Pumarejo y sus brillantes ministros y congresistas, también liberales y algunos conservadores como don José Gnecco Laborde, conocieron la Constitución de Querétaro directamente por haber vivido en la república mexicana algunos de ellos o por estudiar su régimen jurídico constitucional de modo directo. El mismo presidente López Pumarejo y su hijo Alfonso López Michelsen salieron al exilio a México para escapar de la persecución política del conservatismo nuevamente en el poder en 1946.

También buena parte de los juristas que participaron en los debates de la reforma constitucional de 1936 conocieron sus construcciones ideológicas y jurídicas de manera indirecta a través del estudio del constitucionalismo español de la *Primera República Española* y del *Constitucionalismo de Weimar* como lo mencionan en los debates de la reforma constitucional de 1936, documentado todo debidamente en las actas de los mismos en el congreso de la República resumidas con claridad por Álvaro Tirado Mejía(1982).⁹

BIBLIOGRAFÍA

ARIZMENDI POSADA, Ignacio, *Manual de historia presidencial, Colombia 1819-2011*, 3a. ed., Bogotá, Taurus, 2011.

⁹ Álvaro Tirado Mejía y Magdala Velázquez, *La reforma constitucional de 1936*, Fundación Friedrich Naumann, Oveja Negra, Bogotá, 1982.

- CALDERÓN, María Teresa e Isabel Restrepo (eds.), *Colombia 1910-1920*, Taurus, Bogotá, 2010.
- CAMARGO ASSIS, Carlos Ernesto, *Hitos electorales en el contexto de la evolución político-constitucional de Colombia*, Biblioteca Jurídica DiKe, Registraduría Nacional del Estado Civil.
- CARBONELL, Miguel, *Elementos de derecho constitucional*, México, Fontamara, 2004.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y Salvador Valencia Carmona, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa, 2010.
- GNECCO MOZO, José, *La reforma constitucional de 1936, comentario jurídico al acto reformativo de la Constitución*, Bogotá, 1938.
- LÓPEZ GARAVITO, Luis Fernando, *Intervencionismo de Estado y economía en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, 2a. ed., Bogotá, 1995.
- MARQUARDT, Bernd, *Los dos siglos del Estado constitucional en América Latina (1810-2010)*, Universidad Nacional de Colombia, 2011.
- , “Los dos siglos del Estado constitucional en América Latina (1810-2010)”, *Historia constitucional comparada*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2011, t. II.
- POMBO, Manuel Antonio y José Joaquín Guerra, *Constituciones de Colombia*, 4a. ed., Bogotá, Biblioteca Banco Popular, 1986, t. I.
- PÉREZ ESCOBAR, Jacobo, *Derecho constitucional colombiano*, 8a. ed., Bogotá, Temis, 2010.
- PÉREZ, Francisco de Paula, *Derecho constitucional colombiano*, Bogotá, Ministerio de Educación Nacional, t. I.
- QUINCHE RAMÍREZ, Manuel F., *Derecho constitucional colombiano*, 6a. ed., Bogotá, Temis, 2015.
- RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos, *Constituciones políticas nacionales de Colombia*, 2a. ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995.
- SAMPER BERNAL, Gustavo, *Breve historia constitucional y política de Colombia*, Bogotá, 1957.
- TASCÓN, Tulio Enrique, *Derecho constitucional colombiano, comentarios a la Constitución Nacional*, Bogotá, La Gran Colombia, 1944.
- , *Historia del derecho constitucional colombiano*, Bogotá, Edición de mimeógrafo, sin fecha.
- TIRADO MEJÍA, Álvaro y Magdala Velázquez, *La reforma constitucional de 1936*, Bogotá, Fundación Friedrich Naumann, Oveja Negra, 1982.
- TORRES GARCÍA, Guillermo, *Historia de la moneda en Colombia*, 2a. ed., Medellín, Fondo Rotatorio de Publicaciones FAES, 1980.

706 • LA INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917...

VANEGAS USECHE, Isidro, *Todas son iguales. Estudios sobre la democracia en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.

VARELA SUANZES-CARPEGNA, Joaquín, *Historia e historiografía constitucionales. Entrevistas*, Madrid, Trotta, 2015.



INFLUÊNCIA DE 1917 NA DOCTRINA E NAS CONSTITUIÇÕES ECONÔMICAS BRASILEIRAS

André Ramos Tavares*

A CONSTITUIÇÃO MEXICANA DE 1917 EM SEU CONTEXTO ORIGINAL: PONTO DE PARTIDA

Neste centenário da “Constituição Política dos Estados unidos Mexicanos”, promulgada em 5 de fevereiro de 1917 entendo haver um momento muito oportuno para aquilatar, com detalhe e profundidade, sua recepção no Brasil.

Recordo, a propósito, afirmação que tenho feito em meu *Direito Constitucional Econômico*, desde sua primeira edição e no qual dedico um item específico ao Documento de 1917, quando ali observo que “é indicada, pela quase-unanimidade dos estudiosos, a Constituição mexicana, de 1917, como tendo inovado nos quadrantes do constitucionalismo vigente ao dispor acerca da organização da atividade econômica.”. Gostaria, nesta pesquisa, de explicitar o alcance dessa afirmação *no Direito e na doutrina brasileiros*. Para isso, pretendo responder às seguintes indagações se afiguram como centrais: O doutrina brasileira foi receptiva à totalidade da inovação perpetrada em 1917? O Direito positivo brasileiro e, em especial, suas constituições econômicas, foram influenciados por 1917?

* Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Brasil.

O motivo de se tratar de uma novidade, nos termos que indico, é de fácil compreensão, pois desde a origem - tal como é definido atualmente - até o início do século XX, o constitucionalismo tinha sido inquestionavelmente um modelo sem preocupação com o assunto socioeconômico. A matriz político-liberal lhe era inerente. Os documentos constitucionais foram compreendidos, até então, como receptáculos da *ordem política liberal*. Constituições reverberavam o individualismo, cuja neutralidade econômica em verdade revelava a opção liberal.

RICHARD KAY, referindo-se aos albores do constitucionalismo contemporâneo, explicita essa característica ao advertir que “o instinto constitucionalista é o de que o uso do poder coletivo de uma sociedade é uma especial fonte de perigo. O constitucionalismo é, portanto, uma expressão dessa visão, que se tornou conhecida como ‘liberalismo’ – a ideia que a unidade moral relevante no discurso político é a individual ou, talvez mais precisamente, que a *polis* propriamente considerada não tem posição moral independente da de seus membros”⁴¹. As observações de KAY são precisas e, ao mesmo tempo, atuais.

Um dos aspectos que sobressai na Constituição mexicana de 1917 é, para mim, a nítida contraposição com narrativas normativas tipicamente liberais e próprias do constitucionalismo originário dos EUA que se difundia com força e rigor para toda a América Latina, com especial intensidade, *v.g.*, na Argentina e no Brasil. Apenas com a Constituição de 1917 *a invisibilidade do coletivo é superada*. Ao individualismo exacerbado, ao liberalismo econômico, foi contraposta, por um constitucionalismo inovador surgido no México⁴², uma preocupação com o social, com a coletividade e seus interesses.

Passo, então, a identificar e tentar mensurar a influência da Constituição mexicana no constitucionalismo brasileiro, bem como sua extensão, seja em seus documentos normativos, seja na literatura e escolas jurídicas.

⁴¹ Kay, Richard, “American Constitutionalism”, In Alexander, Larry, *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 16-63.

⁴² Não é meu objetivo neste texto analisar as origens sociais, econômicas e intelectuais desse documento inovador.

*Como mensurar a influência de 1917: a circulação
de um novo modelo e suas diretrizes, institutos e cláusulas*

Avaliar a influência da Constituição de 1917 no Mundo e, especificamente, no Brasil, não é tarefa das mais simples. Mas estou convencido de que uma observação certa está em não admitir que a influência se resume aos casos de declaração literal expressa na Doutrina brasileira ou nos Anais e Exposições de Motivos (relacionados às Constituições brasileiras e às leis). E por isso mesmo o trabalho de avaliar a influência e impactos, a circulação em geral e sua atualidade, torna-se ainda mais desafiador.

Considero apropriado assimilar o conteúdo das mais destacadas normas socioeconômicas constantes da Constituição de 1917, e que a notabilizaram mundialmente, para alcançar a real influência que operaram e ainda operam no cenário jurídico e doutrinário brasileiros. Para alcançar esse objetivo, farei uma retomada dos dispositivos da Constituição brasileira que mais abertamente recebeu a Constituição mexicana de 1917, e que foi exatamente a Constituição brasileira de 1934.

Não se trata, pois, como teremos oportunidade de ver detalhadamente, de um modelo constitucional que supostamente tenha se esgotado com a própria Constituição de 1917, sufocada que teria sido pela Constituição de Weimar. Nem de algum tipo de arcaísmo ou História Constitucional superada em seus objetivos e positivismos.

Diferentemente do critério anterior, é mais indicado averiguar qual a referência *expressa* nas obras e capítulos de obras brasileiras dedicados, exclusivamente, a traçar *as origens* dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos proprietários e dos direitos dos trabalhadores. Esses casos, *nos quais o tema “influência” ou “circulação” é central* e oferece um corte metodológico de opção da própria obra ou articulado, acabam fornecendo – ou deveriam fornecer – um panorama da orientação doutrinária em geral. Por isso os considerei prioritários, como é o caso da obra de FÁBIO KONDER COMPARATO, na qual há todo um Capítulo dedicado à “Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos

promulgada em 5 de fevereiro de 1917⁴³ e a revelação de sua influência direta no Direito positivo brasileiro, mesmo no Direito anterior à Constituição de 1934. Ainda por essas mesmas razões, considereei de gravidade máxima – com possível conotação ideológica a relativizar seu valor científico – a simples falta de referência à Constituição de 1917 em textos com esse viés metodológico⁴⁴.

II. A CONCEPÇÃO CENTRO-PERIFERIA E A CONSTITUIÇÃO MEXICANA DE 1917 COMO PARADIGMA TRANSFORMATIVO

Apesar de ideias, instrumentos e institutos comumente distanciarem-se de sua fonte histórica com o transcurso do tempo, podendo até mesmo passar por um processo de total “desconhecimento”, para passarem a ser apreciados de maneira totalmente independente de suas reais origens, não se pode olvidar o caráter amplamente inovador de 1917, como modelo, assim como não se pode simplesmente olvidar a circulação mundial de seus institutos e instrumentos. Na Constituição mexicana de 1917 foram definidos certos elementos e temas que são, hoje, largamente utilizados nas constituições econômicas de países subdesenvolvidos. Mais do que isso, como teremos oportunidade de verificar, a Constituição econômica brasileira de 1988 incorpora uma perspectiva desenvolvimentista, cujas premissas materiais remontam à Constituição de 1917⁴⁵. Isso porque como foi observado por Anna

⁴³ Há, também, todo um Capítulo dedicado à Constituição alemã de 1919, cuja importância para o Ocidente, como lembra o autor, foi realmente decisiva. “O Estado da democracia social, cujas linhas-mestras já haviam sido traçadas pela Constituição Mexicana de 1917, adquiriu na Alemanha de 1919 uma estrutura mais elaborada, que veio a ser retomada em vários países após o trágico interregno nazi-fascista e a 2ª Guerra Mundial.” (Comparato, Fábio Konder, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, , 2001, p. 199).

⁴⁴ Analiso esses casos no último item deste estudo, sob o título “Referências e rejeições doutrinárias acerca da influência de 1917”.

⁴⁵ Na Assembleia Nacional Constituinte brasileira de 1987-1988 houve também referência direta a 1917, e não apenas “herança” constitucional indireta de 1934 e 1946, como ocorreu com a Emenda CS03594-1, do Deputado ERVIN BONKISKI (cf. seu discurso em: Assembleia Nacional Constituinte: Comissão de Sistematização: Emendas Oferecidas ao Anteprojeto da Constituição, Volume II, Emendas 2732 a 5624, Disponível em < <http://www6g.senado.gov.br/apem/data/AVULSO/vol-222.pdf>>, p. 848-9).

Maria Martinez Corrêa, o que ocorreu naquele momento foi “o resultado de um momento de luta entre o capital e o trabalho”⁴⁶.

Ademais, e historicamente falando, houve um certo espelhamento entre os *termos textuais* e, mais do que isso, entre *opções conceituais* da Constituição mexicana de 1917 e a Constituição brasileira de 1934, que se transferiu até 1988, temas que abordarei detidamente a seguir. Considero que esse estudo nos auxilia a compreender melhor as origens de cláusulas que sobrevivem até hoje no constitucionalismo brasileiro. Para além desse paralelismo textual e conceitual, a Constituição do México exerceu uma influência decisiva para o que viria a ser uma *nova rota do constitucionalismo econômico*. É preciso compreendê-la, nesses termos, como um marco emancipatório, um novo modelo constitucional, nem sempre bem compreendido e nem sempre aceito em sua originalidade e funcionalidade que considero inequívocas.

Bem por isso a inovação representada historicamente pela Constituição do México de 1917 não poderia ser trabalhada apenas no plano semântico, nem a este plano pode ser atribuída precedência nas análises comparativas e de circulação. Entendo que a principal característica da Constituição de 1917 está na concepção transformativa⁴⁷ e coletivista⁴⁸

⁴⁶ Corrêa, Anna Maria Martinez, *A revolução Mexicana*, p. 108.

⁴⁷ Sobre o tema, cf. Tavares, André Ramos, *Direito econômico diretivo: percurso das propostas transformadoras*, São Paulo, 2014. O caráter nitidamente transformativo vem reconhecido também em parte da doutrina mexicana (cf. Soto Flores, Armando, “Principios fundamentales de la Constitución”, in Galeana, Patricia (comp.), *México y sus Constituciones*, México (DF) Archivo General de La Nación-Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 336). Aliás, esse grau transformador exposto e objetivado por 1917 pode ser ratificado nas manifestações papais contrárias e condenatórias desse movimento, chegando o Papa Pio XI a contextualizá-la como inimiga da Igreja. Contribuiu para tanto, certamente, a disciplina específica do caráter laico do Estado (contida no art. 130, como não reconhecer personalidade jurídica a nenhuma associação religiosa) e a disciplina da liberdade de ensino (contida no art. 3º, como não permitir que associações religiosas pudessem dirigir escolas). Estes dispositivos figuram dentre os que são considerados mais relevantes da Constituição inovadora de 1917, mas não serão objeto de análise nesta pesquisa em virtude do objetivo específico aqui proposto, voltado para o tema “desenvolvimento” e modelo de Constituição econômica na economia periférica.

⁴⁸ Na história de documentos jurídicos com essa concepção pode-se regredir, como fez LINEBAUGH, a uma linhagem que contempla documentos esquecidos pela tradição ocidental liberal, como a Magna Carta do Bosque, explicitada em cláusulas já de 1215, mas mais amplamente detalhada a partir das Grandes Cartas de 1217 (cf. Linebaugh,

que subjaz ao conhecido conjunto de suas normas pontualmente inovadoras.

Assim, embora seja relevante resgatar a influência direta do *texto* de 1917 no constitucionalismo brasileiro, essa abordagem por si só é incompleta e, quando utilizada como ferramenta única para asseverar a circulação inicial, revela um certo tom insípido e uma certa insensibilidade quanto à circulação de uma verdadeira revolução constitucionista operada em 1917.

A circunstância de se tratar de uma Constituição surgida na América Latina e não no Velho Continente deve ingressar como um dos principais elementos dessa inovação. Essa “territorialidade” revela-se como “contextualidade”, ainda hoje relevante e marcante na compreensão do papel e da missão das constituições econômicas em países de desenvolvimento econômico tardio. A esse propósito, a historiadora brasileira Anna Maria Corrêa com muita precisão realça ter se tratado de “um instrumento legal avançado para a época, servindo mesmo de modelo a ser copiado por outras nações latino-americanas”⁴⁹. A Constituição de 1917 era uma constituição voltada para a mudança, para a *transformação* das estruturas mais profundas da sociedade e da economia mexicanas.

Com essa abordagem quero enfatizar que essa contextualização latina não é uma externalidade, um dado irrelevante, como parece nos pretender sugerir a grande parte da Doutrina brasileira. Essa característica é essencial para a visão mais ampla, que identifica em 1917 uma nova e específica modelagem constitucional socioeconômica, que acaba por desembocar, conceitualmente, em uma proposta transformadora da realidade de atraso⁵⁰.

Uma consequência importante que se revela a partir dessa premissa está na atualidade de 1917. Torna-se possível, com ela, melhor identi-

Peter, *El manifiesto de la Carta Magna: comunes y libertades para el pueblo*, trad. de Yaiza Hernández Velásquez e Astor Díaz Simón, Madrid, Traficante de sueños, 2013).

⁴⁹ Corrêa, Anna Maria Martinez. *A revolução mexicana (1910-1917)*. São Paulo: editora brasiliense, 1983, p. 104.

⁵⁰ Certamente não se trata, portanto, apenas de um “constitucionalismo social, consagrador de normas de proteção ao trabalhador” (Barroso, Luís Roberto, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 65, n. 67).

ficar e compreender influências (impostas ou assimiladas de maneira irrefletida e imprópria) do constitucionalismo de países desenvolvidos, especialmente do constitucionalismo norte-americano, nos quais a distinta realidade econômica, os distintos objetivos sociais e a distinta formação histórica não põem em relevo o tratamento de certos temas (ou os assumem em perspectiva não raramente oposta) dos países periféricos.

A concepção de desenvolvimento

No texto original de 1917, em comando de grande envergadura para o constitucionalismo⁵¹, já se encontrava o germe de importante participação ampla do Estado, conforme fora plasmado no art. 27, que tratou disciplinar a propriedade privada. Essa deveria ser organizada de acordo com o *interesse público*, com vistas à distribuição equitativa da riqueza pública, ao desenvolvimento de pequenas propriedades e até mesmo com o fito de evitar danos ambientais à propriedade. Mais importante, determinava-se a adoção de medidas que pudessem evitar danos à propriedade que prejudicassem a sociedade:

Art. 27 [...] 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 el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, para hacer una *distribución equitativa de la riqueza pública y para cuidar de su conservación*. Con este objeto se dictarán las medidas necesarias para el fraccionamiento de los latifundios; para *el desarrollo de la pequeña propiedad*; para la *creación de nuevos centros de población agrícola* con las tierras y aguas que les sean indispensables; para el fomento de la agricultura y para evitar *la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad*.⁵²

É esta a primeira constituição no mundo a “prever direitos sociais em favor das classes mais desprotegidas”⁵³, os direitos da classe campe-

⁵¹ Assim considerado também pela doutrina mexicana (cf. Lopes Rosado, Felipe, *El régimen constitucional mexicano*, 2ª ed., México (DF), Porrúa, 1964, p. 39).

⁵² Original não destacado.

⁵³ Soto Flores, *op cit*, nota 6, p. 333, tradução livre.

sina tendo se concentrou em “outorgar aos camponeses um pedaço de terra para cultivarem” ⁵⁴. A distribuição equitativa da riqueza nacional remete à “justiça social” contemplada atualmente na Ordem Econômica da Constituição brasileira (art. 170, *caput*); o desenvolvimento apropriado do país, inerente aos diversos comandos do art. 27, remetem à expressão “desenvolvimento nacional” e o “desenvolvimento equilibrado”, incorporados na Constituição brasileira de 1988 (art. 3º, I a IV, art. 174, § 1º). A preocupação com a forma e intensidade da apropriação da riqueza nacional natural, bem como com a ocorrência de dados resultantes de uma atividade econômica excessiva e inadequada antecipam em um século a discussão ainda incipiente no Brasil sobre o marco normativo do excedente.

Trata-se, pois, uma vez mais e de maneira extremamente pontual e precisa, da incorporação constitucional, em 1917, de preocupações, comandos e metas próprios do futuro modelo constitucional que se ocuparia com a relação econômica centro-periferia, visando à superação de uma carência que se considera, na teria econômica furtadiana⁵⁵, típica dos países periféricos, que necessitam de uma atuação estatal específica e contínua para reverter as estruturas econômicas materiais de subdesenvolvimento e atraso socioeconômico, que reforçam e reproduzem as imensas distorções já existentes.

À época ⁵⁶ da Constituição mexicana era possível identificar países com menor desenvolvimento socioeconômico. No entanto, a realidade

⁵⁴ Soto Flores, *op cit*, nota 6, p. 336, tradução livre.

⁵⁵ A concepção de CELSO FURTADO de subdesenvolvimento como a convivência entre estruturas modernas e arcaicas (“economia dualista” com “estruturas híbridas”) é compreendida, em síntese do autor, nos seguintes termos: “O contato das vigorosas economias capitalistas com essas regiões de antiga colonização não se fez de maneira uniforme. [...] O impacto da expansão capitalista sobre as estruturas arcaicas variou de região para região [...]. Contudo, a resultante foi quase sempre a criação de estruturas híbridas, uma parte das quais tendia a comportar-se como um sistema capitalista, a outra, a se manter dentro da estrutura pré-existente. Esse tipo de economia dualista constitui, especificamente, o fenômeno do subdesenvolvimento contemporâneo.” (Furtado, Celso, *Essencial Celso Furtado*, Rosa Freire D’Aguiar (org.), São Paulo, Penguin Classics Companhia das Letras, 2013, p.128-9).

⁵⁶ Dos comentários a respeito da situação socioeconômica que culminou na Revolução mexicana, ALAN KNIGHT e MARÍA URQUIDI constatarem que se tratava de um país de economia agrária, com uma acentuada desigualdade social e cultural entre a população rural e urbana: “[...] no era tan marcada la división entre la clase media urbana y

estrutural específica de países subdesenvolvidos, não se limita ao *atraso* em termos temporais. Essencial é compreender que o desenvolvimento no Brasil não deve ser considerado natural, “mas voluntário e programado”⁵⁷. Essa conhecida e combatida realidade está atrelada aos fatores estruturais como a heterogeneidade do mercado produtivo, falta de diversificação e capacitação apropriadas de sua mão de obra e deterioração dos termos de troca nas relações centro-periferia, só viria a ser esclarecida de maneira mais nítida teoricamente por meio dos arrojados estudos elaborado no seio da CEPAL⁵⁸, criada em 1948, especialmente a partir das pesquisas de economistas como RAÚL PREBISH e CELSO FURTADO, que produziriam seus trabalhos décadas após a Constituição mexicana⁵⁹.

A correta dimensão da necessária atuação do Estado, em prol da reversão desse quadro socioeconômico, foi incorporada de forma precoce na Constituição mexicana. Essa temática viria a ser objeto de preocupação em outros países subdesenvolvidos e demonstra o caráter visionário desse histórico documento latino-americano.

la aristocracia laboral [...] mientras que entre ambos sectores y los campesinos, que constituían la mayor parte de la población, se abría todo un abismo[...]

“La política del gobierno [...] se podía llevar a cabo en los centros urbanos [...] Pero ¿qué pasaba con el campo disperso, mudo, analfabeta, y con las multitudes de ‘pueblos reacios al progreso’ [...]?”

“En este sentido, el Estado se centró en la educación rural, que funcionaría al lado del programa de reforma agraria” (Knight Alan e Urquidí, María, “Los intelectuales en la Revolución Mexicana”, *Revista Mexicana de Sociología*, México (DF), 1989, vol 51, n. 2, , pp. 37 e 62, disponível em <<http://www.jstor.org/stable/3540678>>.

Comparativamente, vale recordar que após a Guerra Civil, no fim do século XIX, os Estados Unidos já experimentava um grande momento de expansão industrial, tendo realizado uma política de assentamento nas terras, com o *Homestead Act*, de 1862. TOTA oferece uma ilustração desse contexto americano: “em jornais [...] do fim do século XIX e começo do XX, a América Latina era apresentada, de forma alegórica e caricatural” (Tota, Antonio Pedro, *Os americanos*, São Paulo, editora contexto, 2013 p. 103) sem a cultura e o empreendedorismo americano, o que correspondia ao momento expansionista e imperial.

⁵⁷ Comparato, Fábio Konder, *Para viver a democracia*, São Paulo, Editora Brasiliense, 1989, p. 104.

⁵⁸ Comissão Econômica para a América Latina, do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas.

⁵⁹ Cf. Bercovi, Gilberto, *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 47-52.

No Brasil, a primeira Constituição brasileira a assentar expressamente a expressão *desenvolvimento econômico* foi a Constituição de 1967 (art. 157, V), embora o tenha feito sob a égide de um regime autoritário⁶⁰. E, em 1988, aparecerá pela primeira vez, no Direito Constitucional brasileiro, como desenvolvimento *nacional* em um contexto de *objetivo* constitucional, portanto, em sentido amplo e não tópico (como ocorria em 1934, que abordava o desenvolvimento na perspectiva segmentada, como, *v.g.*, o desenvolvimento dos sistemas educativos e o desenvolvimento da cultura, das artes e das letras).

No entanto, as ideias de justiça social que integram o conceito de desenvolvimento socioeconômico, ainda que não o definam inteiramente, estão presentes e se mantêm no Brasil desde 1934, como se vê no artigo 115, *caput*, dessa Constituição, ao impor uma “ordem econômica [...] conforme os princípios da justiça social e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna”.

Atualmente, a concepção de desenvolvimento socioeconômico encontra-se amplamente consignada na Constituição brasileira de 1988, em seu preâmbulo e em diversos dispositivos, como os artigos 3º, II; 21, IX; 24, IX; 43; 48, IV; 170, *caput*; 174, I e 219.

Reforço, por fim, que, mesmo na falta de um estrito paralelismo textual entre a Constituição mexicana e as constituições brasileiras que a sucederam, é inegável que o aspecto inovador do documento mexicano disseminou uma ideia de desenvolvimento nacional, que ecoou em todo o constitucionalismo dos países periféricos.

A concepção de democracia econômica

GILBERTO BERCOVICI analisa a concepção de democracia econômica a partir da Constituição alemã de Weimar de 1919, cuja pretensão era atingir o socialismo pela via do capitalismo organizado⁶¹. Conforme relata o Autor, uma das etapas dessa transição seria exatamente a ex-

⁶⁰ Cf. Tavares, André Ramos, *Direito constitucional econômico*, Rio de Janeiro-São Paulo, Forense-Método, 2011, p. 131.

⁶¹ Bercovici, Gilberto, *Constituição e Estado de Exceção Permanente: atualidade de Weimar*, Rio de Janeiro, Azougue Editorial, 2004, p. 59.

tensão da democracia do âmbito político para o econômico⁶². Pretendo analisar, aqui, a importância extrema que este último elemento acabou por assumir no contexto da América Latina e dos países de desenvolvimento econômico tardio e desestruturado.

A proposta da democracia econômica em Weimar, ainda segundo BERCOVICI, incluía a cogestão dos empreendimentos privados por meio dos conselhos de fábrica⁶³, a ampliação dos empreendimentos públicos, bem como o controle de cartéis⁶⁴.

Para além das especificidades do modelo alemão positivado de democracia econômica, o cerne da ideia que pretendo destacar e analisar pode ser resumida na busca por efetivamente ampliar a integração das pessoas no processo das decisões econômicas privadas que a todos afetam. Dito de outra maneira, a democracia econômica passa por impedir que as decisões privadas econômicas (nacionais, regionais, setoriais, atuais e prospectivas) sejam monopólio de um restrito setor empresarial, de forma que todos os cidadãos participem como agentes conscientes e responsáveis na definição dos rumos, limites e efeitos da economia.

A busca pela democracia econômica gera uma necessidade imperativa de ampliar a participação cidadã nos centros de decisão econômica, não como mera retórica ou abstração, mas como uma realidade cotidiana permanente. Esse mister admite múltiplas políticas e instrumentais, todos com plena potencialidade transformadora. A redistribuição de renda, o fomento às micro e pequenas empresas, a tributação de

⁶² *Idem*.

⁶³ Apesar de não estabelecer conselhos dentro das fábricas para determinar seu funcionamento, a Constituição de 1937, a chamada “Constituição Polaca”, preocupava-se com conselhos participativos. O artigo 58 da referida Carta estabelecia um sistema de nomeação dos representantes de sindicatos nos conselhos pelos órgãos superiores dos sindicatos. De acordo com JOSÉ MURILO DE CARVALHO o governo do Estado-Novo “criou órgãos técnicos para substituir o Congresso” (Carvalho, José Murilo de, *Cidadania no Brasil: o longo caminho*, 10ª ed., Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2008, p. 109), do qual participavam representantes dos “empresários e especialistas do próprio governo” (*Idem*, p. 110). Um desses grupos técnicos era o Conselho Nacional de Economia, que por disposição do artigo 38 da Constituição de 1937 colaborava com o Poder Legislativo emitindo pareceres, em caráter consultivo, no âmbito temático de sua competência.

⁶⁴ Bercovici, *op cit.*, nota 19, p. 60.

grandes fortunas, a disciplina da remessa de capital para os países que sediam as multinacionais, podem ser considerados exemplos de instrumentos concretos para ampliar o número de agentes econômicos nacionais participantes.

No contexto dos países subdesenvolvidos, a necessidade de democratizar as decisões sob o aspecto econômico assume uma conotação especial e pode consistir em uma “alternativa à dominação autoritária dos países em desenvolvimento, possibilitando a coordenação do desenvolvimento econômico com justiça social e ampliando a democracia política para a democracia social e econômica”⁶⁵.

Ademais, há um componente adicional nos países subdesenvolvidos. Nestes a necessidade de ampliar a participação social nos centros de decisão econômica privada pode encontrar decisões econômicas que, por vezes, provêm de centros de decisão localizados no exterior. Isso é particularmente verdadeiro para temas relacionados a transferência de tecnologia e às multinacionais. Nesses casos, a decisão sobre o que fazer com o excedente produzido nacionalmente, ou como redirecionar as inversões de capital, descolam-se totalmente da realidade nacional, quer dizer, tornam-se independentes da *origem social* que conduziu ao surgimento do capital econômico (o lucro obtido no país).

Essa realidade e sua percepção, porém, assumem diversas dimensões preocupantes. Mesmo em países chamados desenvolvidos a “disputa” sobre a decisão econômica privada pode também ser presenciada, como ocorreu na campanha durante a corrida presidencial dos EUA de 2016, embora em circunstâncias muito dúbias⁶⁶. Nesta campanha o Mundo pôde testemunhar um dos candidatos apresentar como plataforma a proposta de sobretaxar produtos oriundos justamente do México (e também da China), em virtude da transferência da produção de empresas americanas para territórios estrangeiros (como o mexicano), sig-

⁶⁵ *Ibidem*, p. 167.

⁶⁶ O ponto alto da dubiedade desse debate esteve na circunstância de ter sido introduzido pela ala mais conservadora da política norte-americana, por um concorrente do partido republicano. Atacou-se o livre comércio, que por décadas havia sido imposto pelas nações de economia avançada (Schwartz, Nelson D. Americanos ressentem impacto da globalização, *The New York Times International Weekly*, em colaboração com a *Folha de S. Paulo*, 22.02.2016, pp. 1-2)

nificando o automático fechamento de postos de trabalho nos Estados Unidos. Essa preocupação diferencia-se do tema que aqui apresento em dois aspectos essenciais: i) foi uma preocupação tópica e episódica; (ii) referia-se centralmente ao problema de “postos de trabalho”. Mas um dado muito sensível acabou sendo exposto nessa discussão atípica para uma potência econômica: os contratos milionários, da empresa privada com o Governo norte-americano fez com que se questionasse a liberdade plena de sua decisão econômica privada, praticamente acusando-a de “desonestidade nacional”. Embora deva ser considerada como uma ocorrência pontual, não deixa de ser relevante para compreender o sentido do que aqui se expõe.

Trata-se de preocupação que, inquestionavelmente, há de ser muito mais acentuada e permanente nos países periféricos, intensificando a necessidade de proteção contra o capital estrangeiro cujas decisões econômicas venham a afetar de maneira impactante, não-democrática, degradante e egoística a realidade social desses países.

Assim, em respeito às características de dominação externa privada e de desigualdade social interna extremada, a Constituição Mexicana de 1917 destacou-se na solução de problemas típicos da periferia do capitalismo e certamente esse pode ser considerado um de seus maiores legados.

O art. 27, que analisarei adiante, ao tratar da propriedade preocupou-se em promover “uma distribuição equitativa da riqueza pública” o que, para além do mero efeito de corrigir a desigualdade social, requer a devida atenção com os agentes privados aptos a tomar decisões econômicas.

Já em relação à questão da internalização dos centros de decisão o mesmo artigo 27, em seu inciso I, dispunha de maneira precoce no constitucionalismo latino:

Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas, tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones

Evidenciava-se desse modo um tratamento propício ao contexto mexicano, mais próximo de países subdesenvolvidos, que enfrentam

até os dias atuais os problemas com o domínio de estrangeiros (e sua extensão) sobre suas terras nacionais e, especialmente, sobre seus recursos naturais, como o caso da água, antecipado em décadas pela Constituição mexicana. Mas também outros domínio se acrescentam, como o caso dos minérios e minerais em geral. Essa preocupação, central no pensamento econômico posterior a 1917, reconhecia o equívoco em reduzir ou ignorar o poder dos nacionais sobre seu próprio território e sobre seus recursos naturais essenciais à vida e sobrevivência soberana do povo, no cálculo do desenvolvimento nacional.

O mesmo objetivo de busca pela democratização econômica está presente na exceção do art. 28, de 1917, dirigida às *cooperativas* de produtores, que não se submetiam às regras contra a formação de monopólio. As especificidades da fórmula cooperativa na economia permanecem até os dias de hoje na Constituição brasileira de 1988.

Ademais, é necessário ressaltar que as formas de gestão e distribuição de participação em cooperativas são próximas ao que se pretendia com a *cogestão* de fábricas no referido modelo alemão.

Revela-se, deste modo, outra especificidade de países periféricos, que contavam com uma industrialização ainda incipiente à época da constituinte mexicana⁶⁷. O específico modelo econômico *cooperativo* pode proteger pequenos produtores rurais, artesãos e outros trabalhadores manuais ou relacionados a aspectos econômicos estritamente locais, sendo extremamente propício à realidade desses países não-industrializados.

Somente para insistir na atualidade da Carta mexicana do início do século XX vale enumerar a proteção contra o abuso do capital estrangeiro presente no artigo 172 da Constituição do Brasil vigente e o mencionado estímulo ao cooperativismo, do art. 174, § 2º da CB. Considero-as fórmulas ou caminhos para a democratização econômica, na trilha do modelo econômico-constitucional inaugurado em 1917.

⁶⁷ Sobre a predominância de economia rural no México no período *cf.* o já citado artigo de Knight, Alan e Urquidi, María, *op. cit.*, nota 14, p. 37 e 62.

A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1934 COMO PRINCIPAL INSTRUMENTO JURÍDICO BRASILEIRO DA INTERNALIZAÇÃO DE 1917

1. Por quê 1934?

É correto afirmar ter havido influência da Constituição mexicana no Direito brasileiro pré-34, mas não sob a égide da Constituição brasileira liberal de 1891. Dentro do marco conceitual da Constituição econômica, que é o marco de análise desta pesquisa, a influência no período anterior foi efetivamente muito reduzida, já que ainda caminhávamos sob o domínio amplo e triunfante do modelo liberal norte-americano de 1787. Apenas com a revolução de 1930⁶⁸ e, mais intensamente, com Constituição de 1934⁶⁹ que o modelo geral e os comandos em específico de 1917 ganham real amplitude para o Direito brasileiro. É por isso que tomo como referencia inaugural, no Brasil, a Constituição de 1934.

Ademais, eleger a Constituição de 1934 como ponto de reflexão inicial, quando se quer falar da circulação do modelo mexicano de 1917 pelo Brasil permite desfazer alguns equívocos doutrinários e algumas escolhas ideológicas que figuram em textos mais recentes, nitidamente comprometidos com um ideário liberal e mercadológico, como veremos logo adiante.

⁶⁸ COMPARATO observa que as *Juntas de conciliação e julgamento* para conflitos individuais do trabalho, criadas pelo Decreto n. 22.132, de 25 de novembro de 1932, pelo Governo Vargas, ainda sob a vigência da chamada “Constituição provisória”, tiveram inspiração no art. 123, especificamente seu inc. XX: “Las diferencias o los conflictos entre el capital y el trabajo, se sujetarán a la decisión de una Junta de Conciliación y Arbitraje, formada por igual número de representantes de los obreros y de los patronos, y uno del Gobierno” (Comparato, Fábio Konder, *op. cit.*, nota 3, p., p. 192). Araujo Castro, ao tratar desse e de outros assuntos, como a Ordem Econômica e Social, assim como os direitos operários e as normas constitucionais sobre águas e minas, sob a égide da Constituição de 1934, ignora complementante as influências de 1917 (Araujo, *A nova Constituição brasileira*, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1935, p. 454-74).

⁶⁹ “Na estrutura, inova e afasta-se dos elementos liberais instituídos desde o discurso de 1824 e preservados no ano de 1891” (Souza, Washington Albino Peluso de, *Teoria da Constituição econômica*, Belo Horizonte, Del Rey, 2002, p. 408).

A Constituição brasileira de 1934 surgiu em um contexto democrático muito peculiar. Após a Revolução de 1930, que clamava por valores republicanos e mais democráticos, superando um aparato institucional e político criado pelas oligarquias brasileiras, a Constituição havia caducado, pois já não correspondia aos valores que se consagraram com a vitória da Revolução.

Getúlio Vargas, tendo assumido o Governo Provisório e se consagrado Chefe da Nação, porém, só convocou uma constituinte após a Revolução de 1932⁷⁰, que denunciava a falta de uma Constituição. Seu Governo, porém, foi marcado indiscutivelmente pelas preocupações sociais. Assim é que, ao final, a Constituição de 1934 “teve como principal mérito a quebra da tradição liberal das Cartas que a antecederam no Brasil, e o estabelecimento de uma democracia social e econômica muito mais forte”⁷¹. Editaram-se normas instituindo o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, o trabalho de mulheres e menores e a jornada de trabalho foram disciplinados e foi estabelecido o direito de férias⁷².

Tratava-se, inegavelmente, de uma *nova etapa* do constitucionalismo brasileiro⁷³ “O discurso de 1934 foi, desta forma, inovador em todos os sentidos”⁷⁴, pois incluiu o tema “Constituição econômica”, justamente pela influência decisiva do novo constitucionalismo de 1917, um constitucionalismo social, da atenção com o elemento coletivo dos interesses, metas e prioridades, em detrimentos de posições individuais egoísticas e privatistas, típicas do um liberalismo exacerbado, baseado na crença cega no mercado, em uma mão invisível com algumas “camadas” de novidades e deturpações de sua origem conceitual em A. Smith (1776), que supostamente seria capaz de responder não apenas pela eficiência como também pela melhor distribuição da

⁷⁰ Para compreender o alcance da Revolução de 1932, cf. Tavares, André Ramos e Casseb, Paulo Adib, A revolução paulista de 1932, In: - Revista do Instituto Histórico e Geográfico de São Paulo. Ano CXI, n. XCIX, pp. 101-8.

⁷¹ Tavares, André Ramos, *Curso de direito constitucional*, 14ª ed, São Paulo, Saraiva, 2016.

⁷² Carvalho, José Murilo de, *op. cit.*, nota 21, p. 112.

⁷³ Cf. Bonavides, Paulo, *Curso de direito constitucional*, 18ª ed, São Paulo, Malheiros, 2006, p. 366; e Ramos Tavares, *op cit*, nota 29, p. 91).

⁷⁴ Souza, Washington Peluso Albino de, *op cit*, nota 27, p. 409.

riqueza, dos bens e dos resultados do trabalho individual. Acentua-se uma certa mecanicidade e também um caráter de inevitabilidade natural dos acontecimentos. O constitucionalismo do novo modelo atenta para a realidade material, com menor abstração das dificuldades reais e dos instrumentos capazes de efetivamente promover a transformação desejável em termos de “riquezas” da nação.

Direitos trabalhistas

Em virtude da sua preocupação em impedir a exploração ilimitada da classe trabalhadora, a Constituição de 1917 “é uma das mais progressistas e humanas” (ROSADO, 1964: 119). E “foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais”⁷⁵. É o que se examinará na análise de trechos do artigo 123⁷⁶ de seu texto original, ao que se procede nos itens seguintes.

Esse dado é particularmente relevante na medida em que os direitos trabalhistas permaneceram fora do espectro constitucional durante todo o constitucionalismo liberal norte-americano e, na Europa, só após a I Grande Guerra, ou seja, apenas após a Constituição mexicana já ter entrado em vigor, é que os direitos humanos alcançaram essa conotação social. Isso é particularmente verdadeiro para a Constituição do pós-guerra que se tornaria referência para o Direito econômico, a Constituição de Weimar, de 1919.

Também no tema trabalhista os comandos da Constituição mexicana significaram a percepção inovadora de que o capitalismo não poderia simplesmente transformar o homem (e a terra) em elementos típicos do mercado, na linha do que advertiu POLANY (2012). Como explicitou COMPARATO, essa Constituição “em reação ao sistema capitalista, foi a primeira a estabelecer a desmercantilização do trabalho, ou seja, a proibição de equipará-lo a uma mercadoria qualquer, sujeita à lei da oferta e procura no mercado.”⁷⁷

⁷⁵ Comparato, Fábio Konder, *op. cit.*, nota 3, p. 184.

⁷⁶ Um dos artigos considerados mais importantes dessa Constituição (cf. Corrêa, Anna Maria Martinez, *op. cit.*, p. 104).

⁷⁷ *Ibidem*, p. 187.

Salário mínimo

Em um de seus discursos, o Deputado constituinte Lacerda Werneck observava o seguinte posicionamento:

Salário mínimo, vital ou de subsistencia, será aquele que se considere suficiente, atendendo as condições de cada região, para satisfazer as necessidades normais da vida do operário, sua educação e seus prazeres honestos, considerá-lo como chefe de família.³⁸

O Deputado utilizou como base a Constituição mexicana de 1917, especificamente em seu art. 123, VI, cujo teor reproduzo adiante. Bem se expressou o Deputado WERNECK:

Assim define a Constituição mexicana o que seja o salário mínimo.
[...]

O salário mínimo está isento de penhora, compensação ou desconto. Sua fixação, bem como os lucros, compete às comissões especiais constituídas em cada município, subordinadas à Comissão Central do Estado. Seu pagamento é sempre feito em moeda corrente. O trabalho extraordinário é pago mediante salário duplo, não podendo exceder de três horas diárias, nem de três vezes consecutivas.³⁹ O texto adotado para a Constituição de 1934 guardava, pois, essa nítida influência da Constituição de 1917⁴⁰, no seu art. 121, evidenciando, inclusive, uma proximidade não apenas conceitual mas também redacional:

³⁸ IMPRENSA NACIONAL, *Annaes da Assembléia Nacional Constituinte*, Rio de Janeiro, 1936, v. 5, p. 404. Disponível em <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/6/browse?value=Brasil.+Assembleia+Nacional+Constituinte+%281933%29&type=subject>>. Em todas as transcrições dos Anais da Constituinte de 1933/1934 manteve-se a grafia original.

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ Para efeitos do presente estudo comparativo faz-se referência e à redação original da Constituição mexicana de 1917. Ademais, em 1934 nenhum dos dispositivos aqui transcritos havia sido alterado.

Na Constituição mexicana de 1917:

Art. 123 [...]

VI - El salario mínimo que deberá disfrutar el trabajador [...] atendiendo las condiciones de cada región, para satisfacer las necesidades *normales* de la vida del obrero [...]"

Na Constituição brasileira de 1934:

Art. 121 [...]

§ 1º [...]

b) salário mínimo, capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, às necessidades *normais* do trabalhador ⁴¹

Proteção contra remuneração discriminatória

Em artigo inovador, sem paralelo nem mesmo na Constituição de Weimar, a Constituição Mexicana de 1917 instituiu a proteção isonômica do salário dos trabalhadores, contra remuneração desigual baseada em atributos não relacionados à competência profissional ou ao empenho do funcionário.

Nesse sentido dispunha o artigo 123, VII da Constituição mexicana de 1917:

Art. 123 [...]

VII - Para *trabajo igual* debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta *sexo ni nacionalidad*⁴².

O referido artigo foi defendido pelo Deputado Lacerda Werneck na Constituinte de 1933/1934, no discurso supra referido, como se confere no seguinte trecho, transcrito nos Anais da Constituinte:

Assim define a Constituição mexicana o que seja o salário mínimo.

Vai além, [...]

⁴¹ Sem destaques no original.

⁴² Original sem destaque.

Ao trabalho igual deve corresponder salário igual, sem se cogitar de sexo ou de nacionalidade.

Assim define a Constituição mexicana o que seja o salário mínimo. Vai além, [...]

*Ao trabalho igual deve corresponder salário igual, sem se cogitar de sexo ou de nacionalidade*⁴³

O dispositivo da Carta mexicana acima transcrito foi reproduzido de maneira assemelhada na Constituição brasileira de 1934, em texto que veda igualmente a desigualdade salarial baseada em sexo e nacionalidade:

Art. 121 [...]

§1º [...]

a) proibição de diferença de salário para um *mesmo trabalho*, por motivo de idade, *sexo, nacionalidade* ou estado civil⁴⁴

O referido artigo da Constituição de 1934 foi mantido na linha constitucional brasileira, e atualmente se encontra estampado, com texto similar, na Constituição de 1988, no âmbito dos direitos dos trabalhadores:

Art. 7º [...]

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil

A estabilidade para o exercício do trabalho

Em cláusula de grande alcance e notável determinação em expor e equacionar relações de força, a Constituição mexicana estipulou, em seu artigo 123, XXII:

XXII.- El patrono que *despida* a un obrero *sin causa justificada*, o por haber ingresado a una asociación o sindicato, o por haber tomado parte en una

⁴³ Imprensa Nacional, *op. cit.*, nota 35, v. 5, p. 404, original não destacado.

⁴⁴ Original sem destaque.

huelga lícita, estará obligado, a elección del trabajador, a cumplir el contrato o a *indemnizarlo* con el importe de tres meses de salario. Igualmente tendrá esta obligación cuando el obrero se retire del servicio por falta de probidad de parte del patrono o por recibir de él malos tratamientos, ya sea en su persona o en la de su cónyuge, padres, hijos o hermanos. El patrono no podrá eximirse de esta responsabilidad, cuando los malos tratamientos provengan de dependientes o familiares que obren con el consentimiento o tolerancia de él.⁴⁵

O deputado Werneck, no mesmo discurso acima mencionado, que proferiu na Assembléia Constituinte de 1933/1934, realizou a defesa deste comando da Constituição mexicana, como se observa no seguinte trecho:

“Veamos, Srs. Constituintes, o que, a propósito, contêm as constituições modernas: [...]

“A Constituição mexicana, dispondo sobre os contratos de trabalho - resume as condições mais liberais da legislação moderna, assim: ‘reconhece o direito de patrões e operários á paralização do trabalho; considera lícita a *grève* que tem por fim restabelecer o equilibrio entre os fatores da produção, só a considerando ilícita si a maioria dos grevistas recorrer á violência contra pessoa ou propriedade e em caso de guerra; ampara, com severa penalidade a *estabilidade do operário*; [...]’⁴⁶.

O texto final da Constituição brasileira de 1934, embora não tenha endossado a proteção à greve, adotou uma forma de defesa da estabilidade do trabalhador, assegurando-lhe indenização pela dispensa arbitrária, nos moldes da Carta mexicana, como se confere em seu artigo 121, § 1º, “g”:

g) indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa;

A indenização pelo rompimento do contrato de trabalho sem justa causa é cláusula que permanece até hoje como direito constitucional do trabalhador (cf. art. 7º inc. I, da Constituição brasileira de 1988).

⁴⁵ Original sem destaque.

⁴⁶ Imprensa Nacional, *op. cit.*, nota 35, v. 5, p. 412-413, original não destacado.

Uma pauta previdenciária das constituições

A centenária Constituição mexicana foi paradigmática, dentre outros assuntos menos ressaltados pela literatura jurídica, por ocupar-se com a questão previdenciária. Em 1917 elevou-se o tema “previdência” ao patamar constitucional, estruturando-o de forma abrangente e sistemática. Seu artigo 123, XXIX, considerava as caixas de seguros contra morte, invalidez e acidentes de trabalho como entidades de *utilidade pública*. Isso significava que o Estado deveria fomentar a criação dessas entidades previdenciárias. Esse fomento visava, ainda, a conscientizar a sociedade sobre a importância em se preparar para o futuro.

Art. 123 [...]

XXIX.- Se consideran de utilidad social: el establecimiento de Cajas de Seguros Populares, *de invalidez, de vida*, de cesación involuntaria de trabajo, *de accidentes* y otros con fines análogos, por lo cual, tanto el Gobierno Federal como el de cada Estado, deberán fomentar la organización de Instituciones de esta índole, para infundir e inculcar *la previsión popular*⁴⁷.

Nesse sentido NELSON NERY COSTA explica que no início do século passado o Poder Público “passou [...] a atuar em áreas exploradas pelas classes econômicas, através dos serviços de utilidade pública, delegados a terceiros”⁴⁸. Esse é o marco tanto da obrigatoriedade de participação do Estado na previdência quanto da necessidade de constitucionalização da matéria previdenciária.

Nesse sentido, COSTA prossegue asseverando que “desde então, não podia um texto constitucional ignorar matéria tão relevante”⁴⁹ e, ainda, ingressando diretamente nas origens do tema, que “A Constituição do México em 1917, foi a primeira a tratar do assunto, no que foi seguida pela Constituição de Weimar”⁵⁰.

É necessário ressaltar que a Constituição brasileira de 1824 não ignorava por completo a matéria. Muito embora o tenha feito de ma-

⁴⁷ Original sem destaque.

⁴⁸ Costa, Nelson Nery, *Previdência do servidor público: regime próprio e Comprev*, 4ª ed. São Paulo, GZ Editora, 2015. p. 78.

⁴⁹ *Idem*.

⁵⁰ *Idem*.

neira genérica e assistemática, em seu artigo 179, XXXI, declarou que a “Constituição também garante os socorros públicos”.

De qualquer forma, a abrangência da Constituição mexicana de 1917 na matéria previdenciária foi trazida pelo Deputado Lacerda Werneck na constituinte de 1933/1934, como se depreende do seguinte trecho dos Anais:

A Constituição mexicana, dispondo sobre os contratos de trabalho - resume as condições mais liberais da legislação moderna, assim: [...]

Considera-se, ainda, de utilidade pública todas as caixas de seguros populares, contra morte, acidente, invalidez, falta de trabalho etc..⁵¹

Embora não tenha expressamente adotado um idêntico modelo de proteção às caixas de previdência privadas, a Constituição brasileira de 1934 garantiu, a proteção previdenciária em casos de invalidez, morte e acidentes de trabalho:

Art. 121 [...]

h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de *previdência*, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, *da invalidez*, da maternidade e nos casos de *acidentes de trabalho* ou *de morte*⁵²

Entretanto, mesmo que por sistema distinto, a proteção das caixas privadas não foi ignorada na Constituição de 1934:

Art 138 - Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas:

a) assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação procurarão coordenar;

Assim, apesar da inexistência de um paralelismo textual tão preciso quanto apontado em outros temas, não se pode negar a influência ideológica da proteção constitucional à previdência da Constituição mexicana de 1917 em nosso constitucionalismo.

⁵¹ Imprensa Nacional, *op. cit.*, nota 35, v. 5, p. 413.

⁵² Original sem destaques.

*Influência nas questões de propriedade, terra e função social,
que se tornariam características no constitucionalismo contemporâneo*

Ao tratar da Carta Magna do Bosque, LINEBAUGH inicia sua impressionante obra histórica recordando a recente exploração das riquezas naturais no México e o rastro de destruição das vidas que constituiu seu legado. Recordando os usos comuns existentes nas terras, mais propriamente nos bosques em 1215, traça um interessante paralelo evolutivo, concluindo: “El *ejido*, la propiedad comunal rural, ha sido destruído y su protección legal, el artículo 27 de la Constitución mexicana, se ha revocado”⁵³.

Entre as normas constantes da referida Constituição de 1917, grande relevância histórica efetivamente adquiriu o já mencionado e parcialmente abordado art. 27, que, ao dispor sobre a *propriedade privada*, estabeleceu a distinção entre propriedade originária, que era atribuída à nação, e a *propriedade derivada*, pela qual a nação poderia transmitir seu domínio aos particulares, bem como impôs a observância do interesse público.

O tratamento da matéria pela Constituição de 1917 foi efetivamente original e representava a base do sistema agrário mexicano⁵⁴. “Aboliu-se, com isto, o caráter absoluto e sagrado da propriedade privada, submetendo o seu uso, incondicionalmente, ao bem público, isto é, ao interesse de todo o povo. A nova Constituição criou, assim, o fundamento jurídico para a importante transformação sociopolítica provocada pela reforma agrária, a primeira a se realizar no continente latino-americano.”⁵⁵.

Criticando os que consideram Weimar como original na introdução da função social, FACHIN bem destaca a Constituição 1917 no “inserir

⁵³ LINEBAUGH, Linebaugh, Peter, *op. cit.*, nota 7, p. 24. Também reconhecendo, na Constituição de 1917, ter-se mantido a possibilidade da propriedade comunal sob a forma de *ejido*, cf. Corrêa, Anna Maria Martinez, *op. cit.*, p. 104. A autora, porém, também apresenta suas críticas, na medida em que art. 27 acabara por interferir na estrutura “original” do *ejido* comunal, descaracterizando-o, posto que muito mais assemelhado a formas cooperativas modernas (cf. Corrêa, Anna Maria Martinez, *op. cit.*, p. 108).

⁵⁴ Lopes Rosado, Felipe, *op. cit.*, nota 9, p. 39.

⁵⁵ Comparato, Fábio Konder, *op. cit.*, nota 3, p. 188.

a função social da propriedade em seu texto normativo, embora não de forma expressa, como fez a nossa Constituição de 1946”⁵⁶.

Esse artigo da Constituição mexicana foi trazido ao conhecimento da Assembleia Constituinte brasileira de 1933/1934 como um anexo ao pronunciamento do então Ministro da Agricultura JUAREZ TÁVORA, com o objetivo de discutir o “[...] regime a ser prescrito pela futura Constituição sobre o aproveitamento das riquezas do sub-solo e da energia hidráulica”⁵⁷.

Naquela oportunidade o Ministro, embora ressaltando a propriedade já existente sobre algumas dessas fontes, defendeu que a futura Constituição fosse suficientemente corajosa para estabelecer “em linhas claras, precisas e concisas, o direito e até o dever de o Poder Público se superpor aos egoísmos da propriedade individual”⁵⁸. JUAREZ TÁVORA defendia a proeminência da função social da propriedade sobre os direitos individuais.

Vê-se influência da ideologia da função social da propriedade consignada na Constituição mexicana, ainda que o conceito já estivesse disseminado mundialmente⁵⁹ no momento da Constituinte de 1933/1934. A concepção foi adaptada da seguinte forma na Constituição brasileira de 1934:

Art. 113 [...]

⁵⁶ Fachin, Luis Edson. “O direito que foi privado: a defesa do pacto civilizatório emancipador e dos ataques a bombordo e a boroeste”, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 45, n. 179, jul./set. 2008, p. 215.

⁵⁷ Imprensa Nacional, *op. cit.*, nota 35, vol. 14, p. 174.

⁵⁸ *Idem*.

⁵⁹ Sobre a origem da doutrina da função social da propriedade ALBERTO RICARDO DALLA VIA explica: “La denominada ‘función social’ de la propiedad proviene también de la elaboración doctrinaria francesa (Duguit), toda vez que el paso del Estado de Derecho individualista y burgués al Estado social se da con un *aggiornamento* del Estado de Derecho que contempla la realidad social como objetivo [...] La denominada ‘función social de la propiedad’ aparece como uno de los institutos característicos del denominado Estado social de Derecho; pero [...] en la delimitación del concepto mucho ha influido la Doctrina Social de la Iglesia Católica, a partir de la encíclica *Rerum Novarum*.” (Dalla Via, Alberto Ricardo, *Derecho constitucional económico*, Buenos Aires, Abelado-Perrot, 1999, p. 242; para outros elementos relevantes cf. Tavares, André Ramos, *op. cit.*, nota 18, p. 149-150)

17) É garantido o direito de propriedade, *que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo*, na forma que a lei determinar. [...] ⁶⁰.

A expropriação mediante *indenização* foi prevista no artigo 27, *caput*, da Constituição Mexicana de 1917, embora com uma característica social mais acentuada do que na Constituição brasileira de 1934 que previa apenas hipóteses de desapropriação por “*necessidade ou utilidade pública*”.

Quanto à propriedade de bens estratégicos, objeto do discurso do Ministro da Agricultura, a Constituição de 1934, foi aprovada com o seguinte texto:

Art 118 - As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água, constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.

Art 119 - O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, bem como das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização ou concessão federal, na forma da lei.

§ 1º - As autorizações ou concessões serão conferidas exclusivamente a brasileiros ou a empresas organizadas no Brasil, ressalvada ao proprietário preferência na exploração ou co-participação nos lucros.

[...]

§ 4º - A lei regulará a nacionalização progressiva das minas, jazidas minerais e quedas d'água ou outras fontes de energia hidráulica, julgadas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar do País.

[...]

§ 6º - Não depende de concessão ou autorização o aproveitamento das quedas d'água já utilizadas industrialmente na data desta Constituição, e, sob esta mesma ressalva, a exploração das minas em lavra, ainda que transitoriamente suspensão.

Em sua transcrição da Constituição Mexicana, com o objetivo de convencer a constituinte em relativizar a propriedade privada desses elementos estratégicos, o Ministro da Agricultura transcreveu o Artigo 27 da Constituição mexicana de 1917, traduzida para o português com os seguintes destaques:

⁶⁰ Original não destacado.

Art. 27. A propriedade das terras e águas compreendidas dentro dos limites do território nacional corresponde originariamente á Nação, a qual teve e tem o direito de transmitir o domínio delas aos particulares, constituindo a propriedade privada. As expropriações se poderão fazer por motivos de utilidade pública e mediante indenização.

A Nação terá em todo tempo o direito de impor á propriedade privada as modalidades, que ditar o interesse público, *assim como o de regular o aproveitamento dos elementos naturais suscetíveis de apropriação, para fazer uma distribuição equitativa da riqueza pública e para cuidar de sua conservação.* [...] Os povos, rancho e comunidades que careçam de terras e águas, ou não as tenham em quantidade suficiente para as necessidades de sua população, terão direito a que se lhes dote com elas, tomando-as de propriedades imediatas, respeitando sempre a pequena propriedade.[...]

Corresponde á Nação o domínio direto de todos os minerais ou substancias que em veios, filões, massas ou jazidas constituam depósitos cuja natureza seja diferente dos componentes dos terrenos, tais como os minerais de que se extraíam metais e metaloides utilizados na indústria; as jazidas de pedras preciosas, de-sal-gema e as salinas formadas diretamente pelas águas marinhas; os produtos derivados da decomposição das rochas, quando sua exploração necessite trabalhos subterraneos; os fosfatos suscetíveis de utilidade como fertilizantes; os combustíveis minerais sólidos, o petróleo e todos os carburetos de hidrogenio sólidos, líquidos ou gasosos.

São também propriedade da Nação as águas dos mares territoriais na extensão e termos que fixe o Direito Internacional; as das lagoas e afluentes das praias; as dos lagos inferiores de formação natural que estejam ligados diretamente a correntes constantes; as dos rios principais ou arróios afluentes desde o ponto em que brota a primeira água permanente até sua desembocadura, já corram ao mar cruzem em dois ou mais Estados; as das correntes intermitentes que atravessem dois ou mais Estados; as águas que se extraíam das minas e os canais, leitos ou barragens dos lagos e correntes anteriores na extensão que fixe a lei. Qualquer outra corrente de água não incluída na enumeração anterior se considerará como parte integrante da propriedade privada que atravesse; mas o aproveitamento das águas, quando seu curso passe de uma profundidade a outra, considerar-se-á como de utilidade pública e ficará sujeito ás disposições que ditem os Estados.

“Nos casos a que se referem os dois parágrafos anteriores o domínio da Nação é inalienável e imprescritível e só se poderão fazer concessões pelo Governo Federal aos particulares ou sociedades civís ou comerciais constituídas conforme as leis mexicanas com a condição de que se estabeleçam trabalhos

*regulares para a exploração dos elementos de que se trata e se cumpram os requisitos que previnam as leis [...]*⁶¹.

Esse dispositivo vem celebrado por alguns autores como tendo sido “o mais transcendente”, especialmente seus parágrafos quarto e sexto⁶², que tratavam do subsolo minerário e do petróleo. Esta concepção de propriedade dos recursos minerais do subsolo e de águas, base de uma Constituição econômica muito própria e incorporada na Constituição do Brasil de 1934, dela derivando-se até 1988, remete-nos diretamente à concepção constitucional mexicana de 1917⁶³.

Bases para a reforma da estrutura fundiária

A superação de uma concepção do direito de propriedade como inerente aos direitos humanos permitiu que se propiciassem condições normativas para promover a reforma agrária, que teria sido a primeira do continente americano⁶⁴.

Sua finalidade maior, na Constituição de 1917, era exatamente a “distribuição equitativa da riqueza pública” (tradução livre) contida no próprio art. 27. E para isso a Constituição determinava o fracionamento da propriedade latifundiária e a destinação de terras e águas para os núcleos populacionais e as comunidades que delas fossem carentes. A centralidade do Homem e do interesse coletivo sobre os interesses pessoais é notável em 1917. O povoamento e exploração agrícolas foram arrolados como objetivos e podem ser considerados como uma cláusula própria de política agrícola e populacional.

Considerando a situação precária no campo, nessa época, essas cláusulas constitucionais assumiram grande impacto, tendo efetivamente provocado inúmeras mudanças. Este tópico revela o caráter

⁶¹ Imprensa Nacional, *op cit.*, nota 35, v. 14, p. 199, destaques da própria transcrição trazida em anexo pelo Ministro JUAREZ TÁVORA, tradução do próprio documento.

⁶² Foi o sentido apontado por Becerra González por ocasião do cinquentenário da Constituição mexicana (*Principios de la Constitución Mexicana de 1917* ..., México: UNAM, 1967, p. 50).

⁶³ Para um estudo específico sobre esse novo regime das propriedades em 1917, cf. Abascal, Salvador, *La constitucion de 1917*, Ciudad do Mexico, 1984, p. 113 e ss..

⁶⁴ cf. Comparato, Fábio Konder, *op cit.*, nota 3, p. 188

transformativo da Constituição de 1917 para a estrutura social da época no México.

Na Constituição brasileira de 1988 tanto a propriedade rural deve atender para o interesse geral (função social, art. 186) ou ser desapropriada (art. 184), como também incumbe à União proceder a uma política agrícola (art. 187), que desde logo deve atender para a habitação do trabalhador rural e o cooperativismo (incs. VIII e VI do art. 187).

Livre concorrência

Por meio de outra medida constitucional que merece ser destacada, o art. 28 da Constituição mexicana de 1917 buscava promover a pluralidade de agentes econômicos por meio da repressão à concentração de mercado. Trata-se da fórmula considerada clássica, encontrada nas origens do liberalismo econômico clássico, objetivando sempre o mercado “hígido”.

A redação do artigo era incisiva ao dispor que “a lei castigará severamente [...] toda concentração ou acumulação em poucas mãos de artigos de consumo necessário, e tenha por objetivo obter alta de preços; todo ato ou procedimento que evite ou tenda a evitar a livre concorrência na produção, indústria, comércio ou serviços [...]” (tradução livre). O artigo reprime igualmente “todo acordo ou combinação [...] de produtores, industriais, comerciantes e empresários de transportes ou [...] outro serviço, para evitar a competição entre si e obrigar os consumidores a pagar preços exagerados” (tradução livre).

A DOCTRINA BRASILEIRA E 1917

Referências e rejeições doutrinárias acerca da influência de 1917

Grande parte da Doutrina brasileira dedicada ao Direito econômico e, também, aos direitos sociais ou ao Estado social, reconhece com firmeza e razão a importância e a influência da Constituição mexicana de 1917 no Brasil⁶⁵. Dentre esses autores, GILBERTO BERCOVICI não só

⁶⁵ Como Accioli, Wilson. *Instituições de Direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 595, Comparato, Fábio Konder, *Muda Brasil: uma Constituição para o*

sinaliza para as inovações e a concepção constitucional absolutamente distinta que delas emergiu, como também reconhece a sua “projeção internacional [...] mais intensa na América Latina”⁶⁶, ressaltando esse elemento distintivo muito próprio que é a pertença a um *status* latino-americano, que viria a ser mais do que uma mera contextualização desprezível, já que caracterizou estruturalmente o modelo específico da Constituição de 1917, conforme também compreendo.

A análise da Constituição brasileira de 1934, anteriormente realizada, permite que façamos, com acerto e de maneira inequívoca, o reconhecimento da real e efetiva referência a 1917 no momento constituinte. Com isso espero permitir melhor visualizar a influência na presença e mesmo na redação propriamente dita de muitos dispositivos constitucionais daquela época. Os temas abordados a partir dessa premissa passaram para a tradição constitucional brasileira, pois permaneceram ao longo de nossas constituições, excetuados os momentos de ocaso democrático, chegando até a Constituição atual, de 1988.

Não fosse suficiente essa perspectiva histórico-semântica a comprovar o peso de 1917 no Brasil, é preciso não ignorar – insisto novamente – ter-se tratado também de um novo paradigma constitucional, em termos de economias periféricas, e que é um dos temas mais atuais e agudos no constitucionalismo econômico brasileiro, como bem o coloca em perspectiva Gilberto Bercovici.

Ultrapasso, agora, essas observações, uma vez feito o devido registro da Doutrina que muito apropriadamente invoca e refere, sem receios ou opções ideológicas escusas, a relevância material da Constituição de 1917 no constitucionalismo brasileiro.

Realizando uma verificação da obra e teses de alguns autores brasileiros, exatamente nesse ponto de influência da Constituição mexicana de 1917, deparamo-nos com ocorrências que podemos agrupar como “curiosas”. Há autores que ignoram a influência da Constituição de 1917 no constitucionalismo brasileiro e outros que a negam⁶⁷. Nesses

desenvolvimento Democrático, 4ª ed, São Paulo, Editora Brasiliense, 1987, Comparato, Fábio Konder, *op. cit.*, nota 3, Konder Comparato, Fábio, *op. cit.*, nota 15.

⁶⁶ Bercovi, Gilberto, *op. cit.* nota 17, pp. 13-14.

⁶⁷ Por vezes isso era realizado negando a Constituição de 1934, como se confere em CELSO BASTOS, ao comentar a Constituição de 1988, quando afirma peremptoriamente

casos a Constituição mexicana é referida de maneira ligeira, por vezes com certo receio e até em formato muito sintomático dessa posição, que é o referir apenas em nota de rodapé⁶⁸. Apesar desse esforço, podemos afirmar que a Constituição de 1917 deve ser considerada *contemporânea* ao Direito brasileiro, e não uma peça museológica ou datada e ultrapassada.

A propensão metodológica em desconsiderar expressamente a Constituição mexicana de 1917 costuma ser acompanhada da visão eurocêntrica do Direito, ainda muito forte no Brasil. Aliás, não é exclusividade deste tema um alto nível de fechamento do Brasil à América Latina e a preferência pelas doutrinas europeias e norte-americanas⁶⁹. Nesse sentido colho o pensamento de MEIRELLES TEIXEIRA, um dos mais destacados constitucionalistas do Brasil, Professor da PUC/SP, que considerava apenas a Constituição alemã, de 1919, como início das constituições modernas com *aspirações sociais das massas*⁷⁰. Apesar de o autor realizar, bem mais adiante, uma referência muito ligeira e protocolar à Constituição de 1917, ao tratar especificamente dos direitos sociais e do Estado social, também aqui e logo a seguir retoma seu posicionamento e proclama: *apenas* Weimar é a inspiração de 1934⁷¹.

AFONSO ARINOS chegou a afirmar que os membros da Comissão governamental⁷² que elaboraram bases para o futuro texto constitucio-

que, do ponto de vista histórico, a Constituição de 1934 “não apresenta relevância” (Ribeiro Bastos, Celso e Martins, Ives Gandra da Silva, *Comentários à Constituição do Brasil, São Paulo, Saraiva, 1988*, v. 1, p. 302).

⁶⁸ Exemplifico com Barroso, Luís Roberto, *op. cit.*, nota 8 (supra), p. 65, nota de rodapé 67 do livro citado).

⁶⁹ Sobre o tema, cf. Tavares, André Ramos, “Justiça constitucional: originalidades históricas e tipicidade latino-americana”, In *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, 2014, ano 8, n. 30, p. 246. Neste texto analiso as origens históricas do chamado controle de constitucionalidade e dos tribunais constitucionais, a partir da premissa de originalidade do constitucionalismo latino-americano, muitas vezes simplesmente ignorada e preterida pelo enfoque e estudos baseados nos movimentos, institutos e instituições europeias ou norte-americanas.

⁷⁰ Teixeira, José Horácio Meirelles, *Curso de Direito constitucional*, Organizado e atualizado por M. Garcia, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991, p. 188.

⁷¹ *Ibidem*, 716.

⁷² O texto, com quadro comparativo, pode ser encontrado em Reis, Antonio Marques dos, *Constituição Federal brasileira de 1934*, Rio de Janeiro, A. Coelho Editor, 1934. No mesmo sentido tem-se a indicação de João Mangabeira, declarando expressamente que o anteprojeto “ficou com a carta de Weimar” (Mangabeira, João. Em torno da

nal de 1934 teriam se servido apenas da Constituição alemã, de 1919, e da espanhola, de 1931⁷³. Assim, apesar de reconhecer que o seu conteúdo refletia “o que os autores da época chamavam o ‘sentido social do direito’, expressão mais ampla do que o nome Direito do Trabalho”, e de aceitar também inovações promovidas na disciplina constitucional da economia e do trabalho, bem como dispositivos de caráter nacionalista, em todos os casos remetia apenas àquela influência comissional que se servira exclusivamente de precedentes europeus.

GERALDO DE CAMARGO VIDIGAL critica a existência de uma *ordem econômica e social* em 1934, apesar de reconhecer que a revolução de 30, no Brasil, notabilizou-se pela mudança na ordem econômica e legislação trabalhista (e não pela propalada reforma político-eleitoral que inicialmente se anunciava) e também apesar de reconhecer 1917 como fonte de *inspiração* dos constituintes de 1934⁷⁴. Curiosamente, para realizar essa crítica, utiliza-se exatamente da Constituição de 1917, ao argumento de que nesta o que havia era a rubrica “trabalho e seguro social” e não uma “ordem econômica e social”. Para o autor, inseridas normas econômicas na Constituição passariam a integrar a ordem social, sendo um equívoco dissociar produção de repartição para essa finalidade anunciada na rubrica criticada⁷⁵.

Por vezes, ainda que ressaltando a singularidade e o paradigma único da Constituição mexicana, mesmo diante de Weimar, a influência é também rapidamente descartada. Assim ocorre em NICZ: “a Constituição mexicana de 1917, embora de influência imediata muito pequena, traz uma ordem econômica e social em alguns pontos com maiores detalhes que aquela que, posteriormente, iria exercer substancial influência nas demais Constituições do após 1.ª guerra, ou seja, a

Constituição. São Paulo: Companhia editora nacional, 1934, p. 218). Colho essa colocação quando o autor analisa o direito de propriedade e sua tendência moderna à função social, amparando-se na obra que já se notabilizara de Guetzevith. O substitutivo ao anteprojeto, porém, alocou o tema da função social e propriedade na declaração de direitos, retirando-o, de maneira equívoca, da Ordem Econômica e Social, no que foi criticado por João Mangabera. O problema persiste até os dias de hoje.

⁷³ Franco, Afonso Arinos de Melo. *Direito constitucional: teoria da constituição, as constituições do Brasil*, Rio de Janeiro, Forense, 1976, p. 168-189.

⁷⁴ Vidigal, Geraldo de Camargo, *Teoria geral do direito econômico*, São Paulo, RT, 1977, p. 86.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 86-87.

Constituição de Weimar de 1919, denominada ‘mãe das Constituições modernas’”⁷⁶.

*A Escola do Direito econômico na Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo*

Os pressupostos conceituais de 1917 acima delineados encontram-se vocacionados, indubitavelmente, ao coletivo, à preocupação com pressupostos não exclusivamente individualistas e, sobretudo, à perspectiva transformadora.

A Constituição de 1917 é um desses marcos históricos cujo legado é, nos dias de hoje, capaz de posicionar adequadamente países cujas econômicas periféricas não podem apenas pretender uma reprodução irrefletida de padrões próprios e institutos do capitalismo das nações avançadas economicamente.

Esses pressupostos conceituais são encontrados com rigor e grande intensidade nas pesquisas e estudos levados a efeito, desde há muito, por um grupo de docentes da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, em São Paulo.

O Professor FÁBIO KONDER COMPARATO, Professor Titular da USP, em texto de 1965⁷⁷ advertia que iniciativa e responsabilidade do Estado na vida econômica deixam de ser exceção para serem pressupostos necessários.

É interessante observar que dentre os atuais professores do Departamento de Direito Econômico da USP, a maior parte da produção sobre o Direito Econômico brasileiro encontra-se endereçada a compreender e explicitar o Direito a partir de premissas que, muito nitidamente, remontam a conteúdos típicos da inovadora Constituição econômica mexicana de 1917.

Contrariamente às posturas “modernas” em voga, como o economicismo, a leitura econômica do Direito, as leituras institucionalistas

⁷⁶ Nicz, Alvair Alfredo, *A liberdade de iniciativa na Constituição*, São Paulo, RT, 1981, p. 27. No mesmo sentido de descartar 1917 e apontar para uma influência exclusiva de Weimar: Silva, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, Malheiros, 2002., p.284-285.

⁷⁷ Comparato, Fábio Konder, O indispensável direito econômico, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 533, mar. 1965.

de um “novo Direito público da Economia” e o *Law and Development*, ou mesmo o “constitucionalismo social-trabalhista”, o referido núcleo docente, na área do Direito Econômico e da Economia Política, procura ressaltar a importância da análise estrutural e macroeconômica, que é capaz de perceber o Estado como o único agente a reunir as condições e o instrumental aptos a promover o devido desenvolvimento socioeconômico da nação.

Reagindo a posicionamentos inconsistentes, COMPARATO de há muito assinala a “contradição essencial” em apenas atribuir ao Estado “toda a gama de funções de transformação social”⁷⁸. Opondo-se ao *Development Planning* de ARTHUR LEWIS, Nobel de economia de 1979, que sugeriu a função de planejar como sendo de responsabilidade do Poder Executivo, via Primeiro-Ministro, COMPARATO considera mesmo insustentável essa tese⁷⁹). Daí sua proposta de um planejamento não refém da péssima política eleitoral imediatista observada em países periféricos, com um Plano Nacional de Desenvolvimento, como forma de democratização, que funcionaria apenas com a criação de uma estrutura nacional de planejamento, como órgão independente do Poder Executivo, e de um conselho com representantes de grupos sociais e categorias profissionais ⁸⁰.

Por sua vez, e nessa mesma linha, opondo-se a teses recentes, como o institucionalismo econômico que prega o mimetismo e crença cega nas instituições próprias de economias consideradas avançadas, BERCOVICI e MASSONETTO⁸¹ partem do pressuposto de que as condições materiais dos países de economia periférica são variáveis não passíveis de serem ignoradas ou consideradas secundárias na adoção de mode-

⁷⁸ Comparato, Fábio Konder. *op. cit.*, nota 15, p. 84. Esse pensamento permanece atual – especialmente na hipótese do planejamento para a transformação, que considero central na compreensão do significado de 1917 (nesse sentido da atualidade, cf. também: Bercovici, Gilberto, nota 17, p. 14 e ss.; Grau, Eros Roberto, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 16a ed., São Paulo, Malheiros, 2014).

⁷⁹ Comparato, Fábio Konder, *op cit*, nota 15, p. 106.

⁸⁰ Comparato, Fábio Konder, *Muda Brasil: uma Constituição para o desenvolvimento Democrático*, 4ª ed, São Paulo, Editora Brasiliense, 1987, p. 42-43 e 96-97 e Konder Comparato, Fábio, *op cit*, nota 15, p. 104.

⁸¹ Bercovici, Gilberto e Massonetto, Luis Fernando, “Limites da Regulação: Esboço para uma Crítica Metodológica do ‘Novo Direito Público da Economia’”, In Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, jan/mar2009, n. 25, ano 7, pp. 137-47

los económicos adecuados. E a Constituição de 1917 é central a esse pensamento.

O Professor ALESSANDRO OCTAVIANI tem advertido, adicionalmente, que o “movimento *Law and Development* é caudatário de uma sociologia da modernização de inspiração parsoniana e inserido na política norte-americana de exportação de modelos políticos”, retrata uma proposta de “modernização”⁸²), sempre partindo do pressuposto comum e atual, delineado e desenvolvido em COMPARATO e BERCOVICI, de que o Direito econômico é elemento indispensável para superar a condição periférica e subalterna que o subdesenvolvimento nos impõe⁸³.

É neste espaço muito próprio e nas premissas aqui fixadas que se pode vislumbrar não apenas a influência de 1917 até os dias de hoje, mas também o acerto das batalhas ali endereçadas, que permanecem na necessidade de não abdicar do perfil humano e realista desse modelo de Constituição econômica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ABASCAL, Abascal. *La Constitución de 1917: destructora de la nación*. 2. ed. Ciudad de México: Editorial tradicion, 1984.
- ACCIOLI, Wilson, *Instituições de Direito constitucional*, 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1984.
- ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, Comissão de Sistematização: Emendas Oferecidas ao Anteprojeto da Constituição, Volume II, Emendas 2732 a 5624, Disponível em < <http://www6g.senado.gov.br/apem/data/AVULSO/vol-222.pdf>>.
- BARROSO, Luís Roberto, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, São Paulo, Saraiva, 2009.
- BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra da Silva, *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1988.
- BECERRA GONZÁLES, María. *Principios de la Constitución Mexicana de 1917* relacionados con el subsuelo, antecedentes doctrinales y legislativos, principios fundamentales contenidos en la constitución en su versión original

⁸² Octaviani, Alessandro, *Recursos genéticos e desenvolvimento: os desafios frtadiano e gramsciano*, São Paulo, Saraiva, 2013, pp. 63-64.

⁸³ *Ibidem*, p. 45.

- y cambios operados después de 1917 en el mismo texto constitucional. Mexico: Universidad Nacional Autónoma, 1967. Edición conmemorativa de la Constitución de 1917.
- BERCOVICI, Gilberto, *Constituição e Estado de Exceção Permanente: atualidade de Weimar*, Rio de Janeiro, Azougue Editorial, 2004.
- . *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*, São Paulo, Malheiros, 2005.
- . O ainda indispensável direito econômico, In BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita, BERCOVICI, Gilberto, MELO, Claudineu de, *Direitos humanos, democracia e república: homenagem a Fabio Konder Comparato*, São Paulo, Quartier Latin, 2009.
- . “A Constituição invertida: a suprema corte americana no combate à ampliação da democracia”, In *Lua Nova*, São Paulo, 2013, n. 89, pp. 107-134,
- BERCOVICI, Gilberto e MASSONETTO, Luis Fernando, “Limites da Regulação: Esboço para uma Crítica Metodológica do ‘Novo Direito Público da Economia’”, In *Revista de Direito Público da Economia.*, Belo Horizonte, jan/mar2009, n. 25, ano 7, pp. 137-47..
- BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito constitucional*, 18. ed. São Paulo, Malheiros, 2006.
- CARVALHO, José Murilo de, *Cidadania no Brasil: o longo caminho*, 10ª ed., Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2008.
- CASTRO, Araujo, *A nova Constituição brasileira*, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1935.
- COMPARATO, Fábio Konder, O indispensável direito econômico, In *Revista dos Tribunais*, v. 533, São Paulo, mar. 1965.
- . *Para viver a democracia*, São Paulo, Editora Brasiliense, 1989.
- . *Muda Brasil, uma Constituição para o desenvolvimento Democrático*, 4ª ed. São Paulo, Editora Brasiliense, 1987.
- . *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2001.
- CORRÊA, Anna Maria Martinez. *A revolução mexicana (1910-1917)*. São Paulo: editora brasiliense, 1983.
- COSTA, Nelson Nery, *Previdência do Servidor Público: regime próprio e Comprev*, 4ª ed., São Paulo, GZ Editora, 2015.
- FACHIN, Luis Edson, “O direito que foi privado: a defesa do pacto civilizatório emancipador e dos ataques a bombordo e a boroeste”, In *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, jul/set 2008, ano 45, n. 179, pp. 207-17.

- FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Direito constitucional: teoria da Constituição. As Constituições do Brasil*, Rio de Janeiro, Forense, 1976.
- FURTADO, Celso, *A construção interrompida*, 2. ed, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1992.
- . *Formação econômica do Brasil*, São Paulo, Companhia das Letras, 2007.
- . (organização, apresentação e notas de D'AGUIAR, Rosa Freire), *Essencial Celso Furtado*, São Paulo, Penguin Classics Companhia das Letras, 2013.
- GRAU, Eros Roberto, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 16ª ed São Paulo, Malheiros, 2014.
- IMPRESA NACIONAL, *Annaes da Assembléa Nacional Constituinte*, Rio de Janeiro: IN, 1936, v. 5 e v. 14, Disponíveis em <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/6/browse?value=Brasil.+Assembleia+Nacional+Constituinte+%281933%29&type=subject>>.
- KAY, Richard, American Constitutionalism, In ALEXANDER, Larry, *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999, pp. 16-63.
- KNIGHT, Alan e URQUIDI, María, “Los Intelectuales En La Revolución Mexicana”. *Revista Mexicana De Sociología* (Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Nacional Autónoma de México), 1989, vol 51, n. 2, pp. 25–65, disponível em <http://www.jstor.org/stable/3540678>.
- LINEBAUGH, Peter, *El manifiesto de la Carta Magna: comunes y libertades para el pueblo*, Tradução por Yaiza Hernández Velázquez e Astor Díaz Simón, Madrid, traficantes de sueños, 2013.
- LOPES ROSADO, Felipe, *El regimen constitucional mexicano*, 2. ed. México, Porrúa, 1964.
- MANGABEIRA, João, *Em torno da Constituição*, São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1934, vol. II.
- MÉXICO, *Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos* (versão atual), disponível em <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_29ene16.pdf>.
- MÉXICO, *Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos* (versão de 1917), disponível em < http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_orig_05feb1917_ima.pdf>.
- MÉXICO, *Reformas Constitucionales en Orden Cronológico*, disponível em < http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_crono.htm>.

- NICZ, Alvacir Alfredo, *A liberdade de iniciativa na Constituição*, São Paulo, RT, 1981.
- OCTAVIANI, Alessandro, Recursos genéticos e desenvolvimento, os desafios furtadiano e gramsciano, São Paulo, Saraiva, 2013.
- POLANYI, Karl, *A subsistência do homem e ensaios correlatos*, Rio de Janeiro, Contraponto, 2012.
- REIS, Antonio Marques dos, *Constituição federal brasileira de 1934*, Rio de Janeiro, A. Coelho Branco F. Editor, 1934.
- SCHWARTZ, Nelson D. “Americanos ressentem impacto da globalização”, *In The New York Times International Weekly*, em colaboração com a Folha de S. Paulo, 22.02.2016, pp. 1-2.
- SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Malheiros, 2002.
- Soto Flores, Armando, “Principios fundamentales de la Constitución”, In GALEANA, Patricia (compiladora), *México y sus Constituciones*, México (D.F), Archivo General de la Nación/ Fondo de Cultura Económica, 1999.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de, *Teoria da Constituição econômica*, Belo Horizonte, Del Rey, 2002.
- TAVARES, André Ramos, *Direito constitucional econômico*, 3ª ed. Rio de Janeiro, São Paulo, Forense-Método, 2011.
- . *Direito econômico diretivo: percursos das propostas transformativas*, São Paulo: 2014.
- . “Justiça constitucional: originalidades históricas e tipicidade latino-americana”, *In Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, mai./ago. 2014, ano 8, n. 30, pp. 245-62.
- . “Facções privadas e política econômica não-democrática da ditadura brasileira”, *In Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, mai./ago. 2015, ano 9, n. 32, pp. 1047-66.
- . *Curso de Direito Constitucional*, 14. ed, São Paulo, Saraiva, 2016.
- TAVARES, André Ramos, CASSEB, Paulo Adib, A revolução paulista de 1932, *In Revista do Instituto Histórico e Geográfico de São Paulo*, Ano CXI, n. XCIX, pp. 101-8.
- TEIXEIRA, José Horácio Meirelles, *Curso de Direito constitucional*. Organizado e atualizado por M. Garcia, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991.
- TOTA, Antonio Pedro, *Os americanos*, São Paulo, editora contexto, 2013.
- DALLA VIA, Alberto Ricardo, *Derecho constitucional económico*, Buenos Aires, Abelado -Perrot, 1999.
- VIDIGAL, Geraldo de Camargo, *Teoria geral do direito econômico*, São Paulo, RT, 1977.

LA INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917 EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL BOLIVIANO

José Antonio Rivera S.*

INTRODUCCIÓN

Han transcurrido cien años desde aquel 5 de febrero de 1917, fecha en que fue promulgada la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos. Una de las más importantes de su época; porque con ella, no sólo que se inició una nueva etapa de la vida institucional, política, social y económica de México, sino también se inició el tránsito del constitucionalismo liberal hacia el constitucionalismo social, y el surgimiento del modelo de Estado benefactor, frente al Estado gendarme.

Muchos estudiosos de la materia la han caracterizado como “la primera Constitución social del siglo XX”, porque fue la primera Constitución escrita en la historia institucional de los Estados que incorporó en su catálogo los derechos sociales, materializando de esa forma

* El autor es magíster en derecho constitucional; ex magistrado del Tribunal Constitucional de Bolivia; catedrático titular de derecho constitucional en la Universidad Mayor de San Simón de Cochabamba; docente invitado de la Universidad Real y Pontificia San Francisco Xavier de Chuquisaca; docente de postgrado en varias universidades de Bolivia. Presidente de la Sección Nacional del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional; miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional; vicepresidente de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales; académico de número de la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas; es autor de varios libros y ensayos sobre derecho constitucional, derecho procesal constitucional y derechos humanos.

el planteamiento de aquel movimiento jurídico intelectual, conocido como constitucionalismo social, que planteaba la incorporación en la Constitución de los derechos económicos, sociales y culturales.

No cabe duda que la Constitución mexicana de 1917 es un verdadero antecedente para el mundo entero en materia de constitucionalización de los derechos sociales para su resguardo y protección por el Estado. Cabe recordar que, a partir de aquel hito histórico, muchos Estados siguieron el camino de incorporar en la Constitución los derechos sociales; así, la Rusia Soviética en 1918; Alemania en la Constitución de Weimar de 1919; España en 1931, para citar algunos casos. En Latinoamérica, incorporaron los derechos sociales, entre otros Estados, Perú en 1933, Uruguay en 1934, Bolivia en 1938, Cuba en 1940, Brasil en 1946, Argentina en los años 1949 y 1957.

Por los antecedentes referidos, al celebrarse el centenario de la Constitución mexicana de Querétaro, en el presente trabajo realizamos un análisis de la influencia que tuvo dicha ley fundamental en el sistema constitucional boliviano, más concretamente en la positivación de los derechos sociales.

EL CONSTITUCIONALISMO LIBERAL BOLIVIANO Y LOS DERECHOS SOCIALES

Para una mejor comprensión del trabajo, resulta necesario referir de manera resumida el sistema constitucional que adoptó el Estado boliviano al nacer a la vida republicana y el tratamiento que hizo de los derechos sociales.

Al nacer a la vida republicana, Bolivia adoptó un sistema constitucional sustentado en el constitucionalismo liberal. Se constituyó en un Estado de derecho legal, sobre la base de la doctrina demo liberal y los principios del liberalismo; ello significa que se estructuró sobre el principio de la libertad, expresado en el plano político y económico, más no en el plano social, ya que se proclamó formalmente la proscripción de la esclavitud pero se la mantuvo materialmente para someter a los nativos u originarios, denominados indígenas o “indios”, a la explotación económica ejercida por la oligarquía minera feudal a través de las instituciones del “mitanaje” y “pongueaje”. En cuanto a la estructura

económica, se definió la apropiación privada de los medios de producción y el resguardo del derecho a la libertad de empresa y comercio; de manera que las minas productoras de plata en Potosí no quedaron en propiedad del Estado sino en manos de la nueva oligarquía minera, y la tierra destinada a la producción agrícola y pecuaria quedó en manos de los latifundistas.

La estructura política del Estado se configuró sobre la base de los principios de legalidad y la división de poderes, de manera que su ejercicio fue distribuido horizontalmente, pero concentrado territorialmente, bajo la modalidad de Estado Unitario centralizado; con un régimen de gobierno democrático representativo, configurado sobre la base del sufragio calificado y censitario,¹ con lo que se consumó la exclusión y marginación de los sectores sociales mayoritarios, como es el caso de los indígenas originarios, las mujeres, y la población urbana analfabeta, que en conjunto constituían más del 85% de la población total del nuevo Estado. En efecto, según la norma prevista por el artículo 14 de la Constitución bolivariana,² para ser ciudadano era requisito: 1) ser boliviano; 2) ser casado, o mayor de veintiún años; 3) saber leer y escribir, y 4) tener algún empleo o industria, o profesar alguna ciencia o arte, sin sujeción a otro en clase de sirviente doméstico; con los dos últimos requisitos se excluyó del ejercicio de la ciudadanía a todos los indígenas originarios, quienes al haber sido sometidos a la esclavitud no sabían leer ni escribir, tampoco tenían un empleo o industria que les genere un ingreso anual o les permita tener una propiedad, ya que también habían sido despojados de sus tierras.

En el orden social y cultural, la Constitución ignoró de plano a las naciones y los pueblos indígenas originarios, como los aymaras, quechuas, chiquitanos, mojeños, guaraníes, guarayos, matacos, trinitarios y muchos otros; pues no los incluyó al sistema constitucional, vale decir, a la estructura social, económica y política del Estado como

¹ El derecho al sufragio solo fue reconocido a las personas que sabían leer y escribir, que tenían un ingreso anual calificado por el Poder Electoral o una determinada propiedad; finalmente solo fue reconocido a favor de los varones excluyendo a las mujeres; fue con la revolución del 52 que recién se aplicó el sufragio universal.

² Así fue denominada la primera Constitución escrita del Estado boliviano, ello en homenaje a su autor Simón Bolívar.

colectividades humanas con reconocimiento de su derecho de autodeterminación.

Efectivamente, en las normas previstas por los artículos 1o., 7o. y 11 de la Constitución bolivariana, en las que se definió parte del sistema constitucional del nuevo Estado, no se proclamó la naturaleza multicultural de su estructura social; pues las normas de referencia definieron de la siguiente forma el nuevo Estado, respecto a su estructura social y cultural: “Artículo 1. La Nación Boliviana es la reunión de todos los Bolivianos”; es importante tener presente que, si bien la norma hace referencia a todos los bolivianos, su *ratio legis* está referida a los bolivianos como grupo homogéneo que no reconoce la diversidad racial, étnica y cultural; de otro lado, el artículo 7o. de la Constitución definió que: “El Gobierno de Bolivia es popular representativo”; de manera que en ninguna de esas normas se reconoció el carácter multicultural del nuevo Estado; por lo tanto, no se reconoció a las naciones y pueblos nativos u originarios como parte de la estructura social, económica y política del Estado con respeto de su derecho de autodeterminación; entonces tampoco se reconoció su sistema jurídico, su estructura económica y sus formas de organización social y política, menos su derechos al territorio que venían ocupando desde antes de la colonización. Finalmente, el artículo 11, numeral 5) de la Constitución previó lo siguiente: “Son bolivianos: 5) Todos los que hasta el día han sido esclavos y por lo mismo quedarán de derecho libres, en el acto de publicarse la Constitución; pero no podrán abandonar la casa de sus antiguos señores, sino en la forma que una ley especial lo determine”; esa norma refleja que formalmente se abolió la esclavitud a la que fueron sometidos los indígenas originarios, principalmente los aymaras y quechuas, pero materialmente se la mantuvo cambiando simplemente el nombre de la forma de someterlos a la explotación por el de “pongueaje” y “mitanaje”.

Como se tiene señalado en el trabajo *El proceso constituyente en Bolivia*,³ “la política de exclusión social adoptada por la oligarquía minero-feudal, tuvo una motivación no solamente ideológica sino eco-

³ José Antonio Rivera Santivañez, *El proceso constituyente en Bolivia*, Cochabamba, Grupo Editorial Kipus, 2005, pp. 141 y 142.

nómica. Si bien nominalmente proclamaron la libertad de todos los bolivianos y proscribieron la esclavitud, económicamente jamás liberaron a los indígenas originarios, al contrario los sometieron a nuevas formas de explotación y servidumbre, a través del pongueaje y el mitanaje, incorporándolos a la producción minera o la agrícola”.

Se trató de una política orientada a extinguir las naciones y pueblos nativos u originarios, por la vía de disolución de sus estructuras orgánicas tanto políticas, económicas como culturales. Parte de esa la política fue la desvinculación y desamortización de sus tierras o bienes comunitarios, especialmente de las naciones Aymara y Quechua, asentados sobre el altiplano, la primera, y los valles la segunda. Ese proceso se inició con el Decreto de Trujillo emitido por Simón Bolívar, puesto en vigencia el 29 de agosto de 1825, por el que se declaró a los “indios” dueños de los predios que tenían en sus comunidades, brindándoles facilidades para la venta o enajenación “de cualquier modo”; con lo que se inició la venta o enajenación de las tierras comunitarias, por lo que entre 1825 y 1838, fueron usurpados, por los terratenientes criollos, tres cuartas partes del territorio cultivable del país que pertenecía a las naciones y pueblos nativos u originarios de la región del altiplano. De otro lado, en la región del oriente, donde se encuentran asentados decenas de pueblos nativos u originarios, como los chiquitanos, guarayos, maticos, tacanas, moxeños, sirionós y otros, el Estado promovió un sistema de propiedades privadas haciendo concesiones de extensiones considerables de tierra a favor de los bolivianos con rango de ciudadanos.

La situación se agravó, cuando el gobierno presidido por el general Mariano Melgarejo expidió el Decreto Supremo de 20 de marzo de 1866; y posteriormente se promulgó la Ley de Exvinculación de 5 de octubre de 1874, en el gobierno presidido por Tomás Frías; disposiciones legales con las que se inició un proceso de desapoderamiento de sus tierras de propiedad comunitaria a las naciones y pueblos indígenas originarios, concentrando las tierras en manos de los hacendados que conformaron los latifundios.

Cabe recordar que, una de las características del Estado de derecho legal es que, en materia de derechos fundamentales, reconoce y garantiza los derechos civiles y políticos, concebidos como aquellos derechos

subjetivos públicos, cuya finalidad es la de resguardar y preservar el ámbito de autodeterminación personal frente al Estado, para que éste no se entrometa con la libertad individual abusando así de su poder. Tomando en cuenta que Bolivia adoptó el modelo de Estado de derecho legal, durante el siglo XIX y las cuatro décadas del XX no resguardó ni respetó los derechos sociales, ni siquiera los positivos; al contrario, los vulneró de manera permanente.

En efecto, la Constitución bolivariana no consagró expresamente los derechos fundamentales de la persona, simplemente estableció un régimen de garantías constitucionales de carácter normativo para el ejercicio de los derechos civiles, que no los consagró sino presumió son inherentes a la naturaleza humana. Las garantías estaban previstas para la protección de los derechos a la libertad civil, la seguridad individual, la propiedad, la igualdad de las personas ante la ley, la libertad de expresión, el libre tránsito y el derecho a la privacidad o intimidad.

No obstante de haberse reformado la Constitución en los años 1831, 1834, 1839 y 1843, se mantuvo este sistema de tratamiento de los derechos fundamentales en la ley fundamental del Estado, es decir, con la sola proclamación formal de las garantías constitucionales, sin consagrar expresamente los derechos fundamentales.

Mediante la reforma constitucional de 1851, formal y expresamente fueron consagrados en el catálogo de la Constitución algunos derechos civiles y políticos. En efecto, en los artículos 1o.-25 de la Constitución adoptada en 1851, con el *nómen juris* “Del derecho público de los bolivianos” se consagraron por primera vez, en forma expresa, parte de los derechos civiles, entre ellos el derecho a la libertad física y el libre tránsito, el derecho de petición, la libertad de pensamiento, el derecho a la intimidad o privacidad, la libertad de enseñanza, la libertad de trabajo y de industria, el derecho a la propiedad privada, y la igualdad ante la ley.

Dada la inestabilidad política que caracteriza la vida republicana de Bolivia, la Constitución fue reformada en reiteradas oportunidades durante el siglo XIX y las tres primeras décadas del XX; así, en los años 1861, 1868, 1871, 1878, 1880, 1905 y 1931; sin embargo, en ninguna de esas reformas se amplió el reducido catálogo de los derechos civiles, menos se incorporaron los derechos sociales.

Como se podrá advertir, en el constitucionalismo liberal, sobre cuya base se configuró el Estado de derecho legal de Bolivia, los derechos sociales no sólo que no fueron incorporados en la Constitución para su respeto, resguardo y protección por parte del Estado, sino que fueron violados sistemáticamente por acciones y omisiones del Estado y los particulares; pues los indígenas y campesinos no tuvieron acceso a la educación, menos a los servicios de salud, seguro social o vivienda digna, fueron sometidos a un régimen de trabajo servidumbral sin salario ni horarios de trabajo; por su parte, los trabajadores de la minería, de los ferrocarriles, del sector de los gráficos y del comercio no percibían un salario justo, su jornada de trabajo fue superior a las ocho horas diarias, no tenían derecho a la jubilación, menos contaban con seguro de salud. El Estado no se encargó de organizar los servicios públicos de educación y garantizar el acceso, en igualdad de condiciones, de todos los niños, niñas y adolescentes del Estado.

LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917 Y EL INICIO DEL TRÁNSITO DEL CONSTITUCIONALISMO LIBERAL AL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

Cabe recordar que, debido a diversos factores, el constitucionalismo liberal ingresó en un período de crisis; pues ese constitucionalismo, en el que la Constitución se limitaba a establecer las bases de la organización política del Estado y a reconocer los derechos individuales del hombre, y en el que Estado de derecho legal tenía por finalidad imponer un gobierno limitado con el propósito de asegurar y proteger los derechos del ámbito de autodeterminación personal, para cuyo efecto se estableció como dispositivo esencial la separación de poderes, ya no respondía a la realidad imperante en la época.

Efectivamente, el desarrollo del constitucionalismo liberal se vio afectado por un conjunto de factores de orden social, económico y político que motivaron el desmoronamiento de sus ideales supremos como la libertad, igualdad y fraternidad; pues la aplicación del sistema jurídico-político terminó desvirtuándolos.

La libertad individual, en el orden económico, generó la concentración de la riqueza en pocas manos; ello se vio reflejado en el orden

social con la división de la sociedad en clases, las altas, medias y bajas, favoreciendo la riqueza a unos pocos en desmedro de las mayorías; y en el orden político, se generó la distinción entre “ciudadanos activos” y “ciudadanos pasivos” en función de la riqueza poseída.

La igualdad solamente fue formal y no material, pues se redujo a la fórmula de la igualdad de las personas ante la ley; de manera que, en el plano económico y social se generaron enormes brechas entre quienes eran propietarios de los medios de producción (la burguesía), que concentraron la riqueza a su favor, y los eran simplemente propietarios de la fuerza de trabajo (los proletarios); entonces la riqueza social fue distribuida inequitativamente, y las desigualdades económicas determinaron las políticas de Estado, pues el ejercicio de los derechos y libertades ciudadanas fueron diferentes en función a la capacidad económica.

Finalmente, la fraternidad y la justicia se derrumbaron debido a que el sistema económico no fue solidario; al contrario fue individualista, caracterizado por la apropiación privada de los medios de producción y la explotación despiadada de la fuerza de trabajo, especialmente de los grupos sociales vulnerables como es el caso de los adolescentes y menores, a quienes se les hacía cumplir el horario de trabajo de doce a dieciséis horas diarias, con salarios bajos, sin sistemas de seguridad social.

Bajo los principios del liberalismo, el Estado se convirtió en una suerte de “Estado gendarme”, cuyo papel central fue el de garantizar la seguridad jurídica, dejando a la iniciativa privada la cobertura de los servicios esenciales como la salud y la educación. No se encargó de la distribución equitativa de la riqueza social; al contrario, permitió la concentración de la misma en pocas manos, generando asimetrías de orden social, económico, educativo, político y cultural.

En el ámbito jurídico, cabe destacar que en el constitucionalismo liberal se generó el modelo de Estado de derecho legal, cuyas características principales fueron: la visión individualista del hombre, dotado de libertad; el ideal de una sociedad uniforme, concebida como la suma de individuos, axiológicamente uniforme; la sinonimia entre el derecho y la ley, ya que se consideraba que aquél es el establecido en la ley contenida en los códigos; la definición del Estado desde la ley, ya que ésta era expedida por el Poder Legislativo que era la expresión de la voluntad popular, el Poder Ejecutivo se encargaba de ejecutarla y

el Poder Judicial de aplicarla, sin interpretarla, ya que se concebía a la ley como algo infalible; la soberanía de los Estados nacionales, lo que implicaba que no se reconocía la existencia de ningún poder por encima del Estado o con capacidad de imponerle alguna norma jurídica; la concepción de los derechos fundamentales como una concesión del Estado, emergente de una autorrestricción de su poder para asegurar la libertad del hombre; y la Constitución concebida como un programa político dirigido al Poder Legislativo, fue considerada como una mera carta política, y no una norma jurídica.

Ese modelo de Estado de derecho legal entró en crisis al desmoronarse los paradigmas del constitucionalismo liberal; lo que generó en la sociedad demandas de transformación del orden liberal. Las desigualdades económicas, sociales y políticas dieron lugar al surgimiento de movimientos obreros que plantearon demandas sociales para que se garantice las condiciones mínimas para su existencia. Esas demandas sociales ya surgieron a mediados del siglo XIX en Francia, dando lugar a la denominada segunda revolución de 1848, que generó la Constitución de 4 de noviembre de 1848. Las demandas sociales se profundizaron a principios del siglo XX.

Entonces, frente a esa crisis surgió un nuevo paradigma constitucional denominado constitucionalismo social, consistente en un movimiento jurídico intelectual que tiene por finalidad incorporar en la Constitución normas dogmáticas que reconozcan los derechos económicos, sociales y culturales, para resguardar y proteger a las clases sociales marginadas y sometidas a altos índices de vulnerabilidad.

El constitucionalismo social supone sustituir el Estado liberal “gendarme” abstencionista, por un Estado benefactor interventor que, para garantizar una vida digna de los sectores sociales menos favorecidos, intervenga en los procesos de producción y distribución de bienes y de servicios. Entonces, en el constitucionalismo social se debe poner en el mismo plano que la libertad individual a otros valores y principios de orden económico, social y cultural; ello significa que en la Constitución, como ley fundamental del Estado, deben estar reconocidos o consagrados los derechos sociales de las personas, especialmente de los grupos más débiles o vulnerables (familias, personas de la tercera edad,

personas con discapacidad, mujeres, niños, indígenas, etcétera), y marginales (analfabetos, menesterosos).

El constitucionalismo social supone la organización del modelo de Estado de derecho constitucional, cuyas características son absolutamente diferentes a la del Estado de derecho legal; así, de manera enunciativa no limitativa, se pueden señalar, entre otras, las siguientes características: una visión antropológica social e histórica del hombre; un ideal de sociedad plural, constituida por personas que derivan de diversas raíces y matrices étnicas, raciales y culturales que conviven dentro de un mismo Estado; la ruptura de la sinonimia entre el derecho y ley, y la exigencia del cumplimiento de la validez formal y material de la ley, fijadas por la Constitución, lo que genera la creación de la jurisdicción constitucional; el derecho contenido en los principios y valores; la soberanía de la Constitución frente a la soberanía del Estado; la Constitución deja de ser mera carta política para constituirse en una norma jurídica de aplicación directa y vinculante que invade todo el ordenamiento jurídico, generando un proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico; los derechos humanos son reconocidos, no creados por el Estado, de naturaleza universal e inalienable, que deben imperar con relación al Estado, todo otro poder y el resto de los ciudadanos.

Si bien surge en la segunda revolución francesa de 1848, el constitucionalismo social se concretiza en la Constitución mexicana de 1917; pues en ella se insertaron normas dogmáticas que reconocieron los derechos sociales, además de principios orientadores de la política económica y social del Estado.

En efecto, la Constitución promulgada el 5 de febrero de 1917, en su artículo 1o., proclamó lo siguiente: “Todas las personas gozaran de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales firmados por el Estado Mexicano y no podrán suspenderse salvo en los casos y bajo las condiciones que ella misma establezca”;⁴ la disposición constitucional, a tiempo de reconocer que todas las personas gozarán de los derechos humanos, impuso a las autoridades del Estado la obligación de respetar, resguardar y proteger los derechos

⁴ Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial*, México, 1917, t. V, núm. 30, p. 149.

humanos, además de prevenir, sancionar y reparar las violaciones a los mismos.

La Constitución mexicana de 1917, en su artículo 2o., proscribe y prohíbe la esclavitud y protege a los esclavos que ingresen a territorio nacional. En su artículo 3o. consagra el derecho a la educación, proclamando la gratuidad de la enseñanza primaria. En su artículo 5o. consagra el derecho al trabajo, prohibiendo la realización de trabajos sin la justa remuneración y consentimiento; y en su artículo 123 incorpora normas para su resguardo y protección; creando las bases para la generación del derecho laboral. En su artículo 27 introduce el principio de la función social de la propiedad privada, declara la propiedad de la Nación sobre las tierras y establece las normas para efectuar la redistribución de las tierras eliminando el latifundio.

Como se podrá advertir, la Constitución mexicana de 1917, al incorporar el reconocimiento de los derechos sociales, ha sentado las bases para el tránsito del constitucionalismo liberal hacia el constitucionalismo social; pues como afirma el profesor Héctor Fix-Zamudio, la Constitución federal mexicana del 5 de febrero de 1917 debe considerarse como un documento de transición entre el sistema clásico individualista y liberal de la carta anterior de 1857 y las tendencias socializadoras que se manifestaron en la primera posguerra, con el mérito indiscutible de haber sido la primera que incorporó en su texto a los derechos sociales de los trabajadores y de los campesinos, adelantándose a otras leyes fundamentales, como la alemana de Weimar de 1919, y la de la revolución rusa de 1918, que iniciaron el llamado constitucionalismo social.⁵

LA INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917 EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL BOLIVIANO

No cabe duda que, una de las fuentes principales para la incorporación del constitucionalismo social en la República de Bolivia, a través de la

⁵ Héctor Fix-Zamudio, “El Estado social de derecho y la Constitución mexicana”, *La Constitución mexicana: rectoría del Estado y economía mixta*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985, p. 119.

reforma constitucional de 1938, fue la Constitución mexicana de 1917, conforme se demuestra en las líneas que siguen.

El contexto social que motivó la reforma constitucional

La política de exclusión y marginación de las naciones y pueblos indígenas originarios adoptada por la oligarquía minera feudal, que se hizo del poder político y económico del Estado boliviano, así como la cruel explotación laboral a la que fueron sometidos los indígenas, campesinos y mestizos, principalmente en las labores de producción minera y agropecuaria, generó una constante tensión social, que derivó en luchas de reivindicación provocando una profunda crisis social y política.

En la década de los 80 del siglo XIX surgió un movimiento indígena liderado por el caudillo Pablo Zárate Willca proclamando la emancipación de las naciones y pueblos indígenas, sobre la base de las siguientes propuestas: 1) restitución de las tierras de origen; 2) guerra de exterminio contra las minorías dominantes; 3) constitución de un gobierno indígena; 4) desconocimiento de los mestizos⁶ y criollos como autoridades revolucionarias, y 5) reconocimiento del mencionado caudillo como jefe supremo de la insurrección autóctona. En la primera mitad del siglo XX los indígenas y campesinos se organizaron en sindicatos agrarios.

De otro lado, las inadecuadas condiciones de trabajo impuestas por los empleadores, especialmente de los rubros de la imprenta, los ferrocarriles, la minería y la electricidad, generó la conformación de un pequeño núcleo proletario con ideas de asociación y de reivindicación de sus derechos. Así, el año 1905 se organizó la “Unión Gráfica nacional” en la ciudad de La Paz, la que, a decir de Guillermo Lora,⁷ generó que, a partir de esa fecha, los gráficos asociados sean por un largo tiempo los virtuales dirigentes del movimiento obrero boliviano; pues la Unión Gráfica se convirtió posteriormente en la columna vertebral de la más antigua Federación Obrera, que fue organizada el año 1908 en

⁶ Se consideraba mestizos a los hijos de españoles procreados con mujeres indígenas; y criollos a los hijos de españoles nacidos en Bolivia.

⁷ Guillermo Lora, *Historia del Movimiento Obrero Boliviano 1900-1923*, Cochabamba, Los amigos del Libro, 1969, t. II, p. 29.

la ciudad de La Paz. Posteriormente, en marzo del año 1912 se fundó la primera organización sindical de los trabajadores ferroviarios; y el año 1919 se organizó a nivel nacional la Central de la Liga de Empleados y Obreros de Ferrocarriles, la que en ese mismo año presentó el primer pliego de peticiones planteando, entre otras, las siguientes reivindicaciones: trato en igualdad de condiciones, prohibición de trabajo de menores de 15 años, la fijación de un sueldo mínimo, vacaciones anuales pagadas, mejoramiento del servicio sanitario, destino de una parte de utilidades de la empresa para servicios de jubilación y accidentes de trabajo, renta vitalicia. Más adelante, el 15 de junio 1938 se fundó el Sindicato Mixto de Trabajadores Mineros de Huanuni.

Las nuevas organizaciones sociales, bajo el influjo de las corrientes socialistas de Europa del Este, protagonizaron una permanente lucha por las reivindicaciones laborales de los trabajadores. A esas luchas sindicales se sumaron las insurgencias y rebeliones indígenas y campesinas en demanda de su reconocimiento e integración en el sistema constitucional del Estado.

Sumadas a esas luchas de reivindicación, el fracaso de Bolivia en la Guerra del Chaco originó una profunda crisis política y social, dando lugar al surgimiento de gobiernos militares nacionalistas. Entre 1932 y 1952 se gestó una visión nacional del Estado, lo que posibilitó el diseño de un proyecto político que sirvió de base para la Revolución Nacional de 1952. Las insurgencias y rebeliones campesinas en demanda de su reconocimiento e integración al sistema constitucional; el surgimiento del movimiento proletario y movimientos de izquierda, bajo la influencia del socialismo europeo; el surgimiento de movimientos nacionalistas; y el debate de la problemática social, económica y política del país, con especial énfasis en la problemática campesina, contribuyeron a la gestación de un proceso de revolución nacional que pudo revertir el orden de cosas, sustituyendo el viejo Estado demoliberal por un nuevo Estado social de derecho.

Los movimientos sociales referidos, juntamente con los movimientos nacionalistas de un sector de los militares, desembocaron en la Convención Nacional Constituyente de 1938; en la que, si bien no se realizó la reforma total de la Constitución, se introdujeron importantes reformas al sistema constitucional boliviano, sentando las bases

para construir un Estado social de derecho, en reemplazo del Estado liberal. Así, se obtuvo la Constitución reformada por la Convención Nacional Constituyente de 1938, teniendo como una de sus principales fuentes a la Constitución mexicana de 1917, la misma que proclamó el principio de la justicia social como criterio rector del régimen económico del Estado;⁸ también declaró que las tierras baldías con todas sus riquezas naturales son de dominio originario del Estado;⁹ complementariamente introdujo el régimen del “campesinado”, con normas que restablecieron el reconocimiento jurídico de las naciones y pueblos indígenas por parte del Estado, remitiendo a la legislación ordinaria la regulación de la materia indígena y agraria; dichas normas sentaron las bases para restablecer las tierras usurpadas a los pueblos indígenas originarios, con la cualidad de propiedad comunitaria; así como para proceder a la redistribución de las tierras eliminando el latifundio. De otro lado, consagró los derechos sociales a la educación y al trabajo, previendo normas para resguardar, garantizar y proteger dichos derechos; en ese orden de cosas introdujo el régimen cultural, con normas que establecen garantías constitucionales para el ejercicio del derecho a la educación; el régimen social, con normas que garantizan el ejercicio del derecho al trabajo, reconociendo indirectamente el derecho a la seguridad social, el derecho a la sindicalización y el derecho a la huelga.

Sin embargo, el modelo no pudo implementarse debido a la resistencia de los detentadores del poder político y económico, como fueron los de la oligarquía minero feudal, constituida por los “barones del estaño”;¹⁰ lo que motivó que se gestara un proceso revolucionario

⁸ El artículo 106 de la Constitución de 1938 proclamó expresamente lo siguiente: “El régimen económico debe responder esencialmente a principios de justicia social, que tiendan a asegurar para todos los habitantes una existencia digna del ser humano”.

⁹ El artículo 107 de la Constitución previó lo siguiente: “Son del dominio originario del Estado, a más de los bienes a los que actualmente la ley da esta calidad, todas las sustancias del reino mineral, las tierras baldías con todas sus riquezas naturales, las aguas lacustres, fluviales y medicinales, así como todas las fuerzas físicas susceptibles de aprovechamiento económico. Las leyes establecerán las condiciones de este dominio así como las de adjudicación a los particulares”.

¹⁰ Los grandes empresarios privados de la minería que explotaron el estaño, Simón I. Patiño, Mauricio Hochschild y Carlos Víctor Aramayo, fueron conocidos como los “barones del estaño”, quienes detentaron el poder económico y político, si bien no accedieron directamente al Gobierno, pero sí tuvieron la capacidad de cambiar gobernantes.

que tuvo su desenlace el año 1952, habiéndose adoptado medidas trascendentales para transformar el Estado liberal por un Estado social de derecho; medidas que posteriormente fueron constitucionalizados con su incorporación en la Constitución reformada el año 1961.

El derecho a la educación

En el Estado de derecho legislado, configurado sobre la base del constitucionalismo liberal, como fue Bolivia en el siglo XIX y primera mitad del XX, la educación no fue una responsabilidad asumida por el Estado; y a la oligarquía minera feudal, que detentaba el poder político y económico, no le interesó en absoluto la inversión en la educación, ya que ello supondría cualificar la mano de obra y evitar la cruel y despiadada explotación a la que fueron sometidos los indígenas, campesinos, mineros, fabriles y ferroviarios; finalmente, supondría conceder la ciudadanía a esos sectores sociales, ya que un requisito para ejercer los derechos políticos era el saber leer y escribir, y ello pondría en peligro el ejercicio monopólico del poder político del Estado que venían detentando.

Hasta la década de los 30 del siglo XX los índices de analfabetismo en Bolivia fueron alarmantes, pues en el sector rural alcanzaba al 97%, y en las áreas urbanas alcanzaba hasta un 65%.

Ante la ausencia de políticas de Estado en materia de educación para los indígenas originarios y los campesinos, éstos tomaron la iniciativa de crear, sin apoyo alguno, escuelas clandestinas para aprender a leer y escribir, ello a partir de fines del siglo XIX y principios del XX, generando un espacio de resistencia comunitaria frente a los gobiernos liberales de turno y a la expansión del latifundismo. Claro está que iniciativas de esa naturaleza fueron duramente reprimidas por los latifundistas, autoridades y vecinos de los pueblos que no eran indígenas, por considerarlas atentatorias a sus intereses.

La primera reforma educativa adoptada por el gobierno liberal en 1904, cuyo objetivo central fue la modernización del país a través de una ideología liberal, no tuvo el éxito esperado, especialmente en el área rural; ello, entre otras razones porque se la concibió como una educación civilizatoria; se trataba de una educación elitista. En el con-

texto de la reforma educativa, el año 1905 el gobierno, mediante ley, dispuso la creación de escuelas ambulantes para las comunidades indígenas, cuya finalidad era que los alumnos aprendieran a leer y realizar las cuatro operaciones elementales de aritmética, conocer la doctrina cristiana y hablar español. Ante la poca efectividad de la acción estatal, fueron los caciques de los pueblos indígenas los que se encargaron de gestionar ante las autoridades estatales la implementación de las escuelas indígenas sostenidas por el Estado o por las propias comunidades.

Ese estado de cosas obligó a que en la reforma constitucional, encarada mediante la Convención Nacional Constituyente de 1938, bajo la influencia de la Constitución mexicana de 1917 y del movimiento del constitucionalismo social de Europa, se incluya en la Constitución el reconocimiento del derecho a la educación.

El artículo 6o., inciso f) de la Constitución de 1938 textualmente establecía lo siguiente: “Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio: f) De recibir instrucción”. Tomando en cuenta que en las áreas rurales del Estado boliviano casi un 95% y en las áreas urbanas casi un 65% de la población no tenía acceso a los servicios de educación en igualdad de oportunidades, el que la Constitución consagre que toda persona tenía derecho de recibir instrucción fue un importante avance; ya que a partir de ello el Estado debió asumir la obligación positiva de adoptar medidas de orden legislativo y administrativo para garantizar el ejercicio pleno y goce efectivo del derecho; y las personas podían exigir al Estado medidas para resguardar y proteger su derecho.

De otro lado, la Constitución, en el inciso g) de su artículo 8o., reconoció el derecho de enseñanza o derecho a enseñar, como un componente del derecho a la educación. Efectivamente, la disposición constitucional referida preveía expresamente lo siguiente: “Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio: g) De enseñar bajo la vigilancia del Estado”. El reconocimiento del derecho de enseñar, conocido contemporáneamente como el “derecho a la libertad de enseñanza”, fue de vital importancia para que las personas tuvieran la garantía de acceder a una educación acorde con sus necesidades y requerimientos de adquirir y recibir conocimientos, capacidades, habilidades y destrezas

para enfrentar el complejo fenómeno de la naturaleza y tener una vida digna. El que la Constitución consagre el derecho de enseñar suponía el reconocimiento al profesor o maestro de la libertad de exponer sus conocimientos sin sujetarse a una doctrina impuesta por el Estado; asimismo, la libertad de crear establecimientos de enseñanza, y el derecho a la libre elección de escuela.

De otro lado, en coherencia con el reconocimiento de la educación como un derecho fundamental de las personas, la Constitución, en su artículo 154, declaró expresamente que “La educación es la más alta función del Estado. La enseñanza pública se organizará según el sistema de la escuela única. La obligación de asistencia escolar es general desde los 7 hasta los 14 años. La instrucción primaria y secundaria del Estado es gratuita”. La disposición constitucional previó las garantías para el ejercicio del derecho a la educación; pues, de un lado, al declarar que la educación es la más alta función del Estado, le impuso obligaciones positivas a éste para que adopte medidas de orden legislativo y administrativo priorizando la inversión pública en la cobertura de los servicios de educación; y, de otro, impuso a los menores de 7 a 14 años la obligación de asistir a los centros educativos, de manera que, además de ser un derecho, la educación se constituyó en un deber fundamental; lo que indirectamente obligó a los padres de familia a asumir la responsabilidad de enviar a sus hijos a las escuelas; finalmente, proclamó el carácter gratuito de la educación primaria y secundaria, lo que imponía al Estado la obligación de financiar a plenitud el funcionamiento de los centros o establecimientos de educación primaria y secundaria.

Respecto a la educación superior, la Constitución de 1938, en su artículo 159, confirió autonomía a las universidades públicas, definiendo los alcances de la misma de la siguiente forma:

Las Universidades públicas son autónomas e iguales en jerarquía. La autonomía consiste en la libre administración de sus recursos, el nombramiento de sus Rectores, personal docente y administrativo, la fijación de sus estatutos y planes de estudio, la aprobación de sus presupuestos anuales, la aceptación de legados y donaciones, la celebración de contratos y obligaciones para realizar sus fines y sostener y perfeccionar sus institutos y facultades. Podrán negociar empréstitos con garantía de sus bienes y recursos, previa aprobación legislativa.

El mandato constitucional consolidó la independización de la impartición del conocimiento científico y la investigación de los mandatos del gobierno del Estado; pues consolidó la autonomía que fue conquistada mediante un proceso de reforma universitaria iniciada por los estudiantes universitarios en el año 1928, y que fue conferida mediante decreto ley del 27 de noviembre de 1930.¹¹

No cabe duda que, tomando en cuenta el estado en que se encontraba la educación en Bolivia, las normas constitucionales referidas constituyeron un gran avance para superar esa grave situación en la que se encontraban más de las dos terceras partes de la población, privadas de algo esencial para tener una vida digna, como es la educación, a cuya consecuencia fueron privados del ejercicio de sus derechos políticos y fueron sometidos a sistemas crueles de explotación. La Constitución sentó las bases para sustituir la educación elitista y excluyente, por una educación democrática e inclusiva; una educación liberadora.

Tomando en cuenta que los derechos sociales, como el de la educación, son de naturaleza prestacional, para su ejercicio efectivo y goce pleno se requiere que el Estado adopte medidas de orden legislativo y administrativo. Lamentablemente, los diferentes gobernantes que asumieron el poder del Estado con posterioridad a la promulgación de la Constitución reformada el año 1938 hasta el año 1952 no adoptaron las medidas necesarias; razón por la que las referidas disposiciones constitucionales no fueron implementadas; no fue una omisión involuntaria de los gobernantes de turno, se debió a la resistencia de la oligarquía minera feudal del estaño a la que, como se tiene ya referido, no le interesaba en absoluto la educación; es más, se contraponía a sus intereses; como quiera que dicha oligarquía detentaba el poder político y económico, colocando o deponiendo a los gobernantes, opusieron fuerte resistencia a la implementación de las medidas legislativas y administrativas para que las personas puedan ejercer el derecho a la educación.

¹¹ El decreto ley fue expedido por el gobierno de facto presidido por el general Carlos Blanco Galindo. El régimen militar convocó a un referéndum popular para consultar la introducción de nueve reformas a la Constitución, una de ellas fue el reconocimiento de la autonomía universitaria; el referéndum realizado con voto censitario el 11 de enero de 1931, aprobó 8 de las nueve reformas consultadas, entre ellas aprobó la autonomía universitaria, de manera que dichas reformas fueron incorporadas a la Constitución mediante decreto ley del 23 de febrero de 1931.

El resultado es que en la década de los 40 la situación de la educación, especialmente en el área rural, era dramática. En un informe evacuado el año 1946, el Ministerio de Agricultura reportó que en un quinto de las haciendas los indígenas y campesinos no contaban con educación de ningún tipo y que donde sí se proveía educación ésta era de mala calidad; de otro lado, en los lugares que existía la Escuela sólo el 11% de los niños asistía; también describió en el informe que los edificios no eran adecuados, los maestros eran mal pagados y la educación era de mala calidad. El informe concluyó señalando que, el resultado de esta situación era que el analfabetismo en algunas haciendas alcanzaba al 97%.

La falta de adopción de medidas de orden administrativo por parte del Estado se reflejó en los graves problemas de infraestructura, falta de provisión de mobiliario y material, e insuficiencia de maestros profesionales en la década de los 40.

Como consecuencia de la acumulación de los conflictos sociales, económicos y políticos se produjo la revolución de 1952, protagonizado por la clase trabajadora, los universitarios, los campesinos e indígenas, bajo el liderazgo del Movimiento Nacionalista Revolucionario (MNR). Habiéndose derrotado en la revolución a la oligarquía minera feudal, el gobierno emergente del proceso adoptó las medidas que formaban parte de las reivindicaciones sociales, tales como la nacionalización de las minas privadas, el sufragio universal, la reforma agraria, y la reforma educativa; medidas que cambiaron radicalmente las estructuras sociales, económicas y políticas del Estado.

La reforma educativa fue plasmada en el Código de la Educación Boliviana, promulgada el 20 de enero de 1955 por el presidente Víctor Paz Estensoro, a través de la cual se definió la universalización de la educación, haciéndola gratuita y obligatoria para el nivel primario; transformando la educación elitaria o de castas a una educación popular de masas; proclamando que la educación es un derecho del pueblo y un instrumento de liberación nacional.

Entre los fundamentos expuestos en la parte considerativa del decreto ley por el que fue aprobado el Código de la Educación, se señaló que...

el proceso capitalista iniciado con la revolución del Partido Liberal en 1898, extendió la instrucción con algún beneficio para la clase media, manteniendo en el atraso a los obreros y en la ignorancia servil a los campesinos, porque así convenía a los intereses de la oligarquía... la educación nacional debe inspirarse en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y orientarse por los principios nacionalistas y revolucionarios, que alientan las mayorías bolivianas; conciliando la dignidad y libertad del hombre, principio humanista universal, con sus deberes políticos y de trabajo productivo, por manera que exista entre Estado y Persona un adecuado equilibrio de derechos y deberes... la Reforma educacional se impone como una necesidad de la obra-revolucionaria, a fin de romper el monopolio de la educación, poniéndola al servicio del pueblo, para que llegue a todos los hombres y mujeres, especialmente a las mayorías obrera y campesina.

Los fundamentos transcritos reflejan la situación en que se encontraba la educación y los propósitos que tenía el gobierno instaurado por la revolución del 52.

El Código definió que la educación boliviana se estructura sobre las siguientes bases fundamentales: es suprema función del Estado; es universal, gratuita y obligatoria; es democrática y única; es una empresa colectiva; es nacional; es revolucionaria; es antiimperialista y antifeudal; es activa, vitalista y de trabajo; es globalizadora; y, es coeducativa. Definió como fines de la educación boliviana los siguientes: 1) formar integralmente al hombre boliviano, estimulando el armonioso desarrollo de todas sus potencialidades, en función de los intereses de la colectividad; 2) defender y fortalecer los valores biológicos del pueblo y promover su vida sana, por la buena nutrición, la atención higiénica y sanitaria, la educación física y la elevación de su nivel de vida; 3) formar al individuo en una escuela ético-práctica de educación del carácter, para conformar una ciudadanía democrática, solidariamente unida en el ideal de progreso, en el trabajo productivo, en los beneficios de la economía y la cultura y al servicio de la justicia social, y 4) incorporar a la vida nacional a las grandes mayorías campesinas, obreras, artesanales y de clase media, con pleno goce de sus derechos y deberes, a través de la alfabetización en gran escala y de una educación básica.

Siendo la educación un derecho fundamental consagrado por la Constitución, y dada la realidad de un sistema elitista que excluyó a los

indígenas y campesinos, la reforma se orientó a masificar la educación. Se concibió en cuatro niveles educativos: 1) la educación regular, con el ciclo preescolar, primario, secundario, vocacional, técnico y universitario; 2) la educación de adultos; 3) la educación de rehabilitación, y 4) la educación extra-escolar y de extensión cultural a la comunidad.

El derecho al trabajo

Otro ámbito en el que la Constitución mexicana de 1917 tuvo una importantísima influencia en el Estado boliviano fue en el reconocimiento de los derechos laborales por parte del Estado y su posterior positivación en la Constitución.

Ante las graves arbitrariedades cometidas por los empleadores del sector de la minería, de los ferrocarriles y el textil, los trabajadores fueron organizándose para emprender acciones de reivindicación de sus derechos, cometido en el que tuvieron marcada influencia, en el ámbito político y social, de los movimientos socialistas de Europa del Este y de la Constitución mexicana de 1917, en el ámbito jurídico. A través de las movilizaciones, los trabajadores lograron que el gobierno emitiera algunas disposiciones legales atendiendo las demandas de reivindicación, tales como las 8 horas de jornada de trabajo.

El conjunto de factores descritos anteriormente motivó que, en la reforma constitucional encarada por la Convención Nacional Constituyente, se introdujera en la Constitución el reconocimiento del derecho al trabajo. En efecto, teniendo como una de las fuentes principales a la Constitución mexicana de 1917, en el artículo 6o.,b) de la Ley Fundamental del Estado boliviano se previó lo siguiente: “Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio: b) *De dedicarse al trabajo*, comercio o industria, en condiciones que no perjudiquen al bien colectivo”.

Como se podrá advertir, el texto constitucional no es muy explícito y generoso en el reconocimiento del derecho al trabajo con todos sus elementos esenciales; pero fue un importante punto de partida para que el máximo intérprete de la Constitución le diera una concreción normativa a ese enunciado dispositivo, identificando los elementos esenciales que debieron ser objeto de resguardo y protección por el

Estado mediante la adopción de medidas de orden legislativo y administrativo, incluso jurisdiccional.

Precisamente, sobre la base de ese reconocimiento del derecho al trabajo, el Constituyente incorporó en la Constitución normas dogmáticas, referidas al régimen social, en la que se previeron normas que impusieron obligaciones positivas al Estado para el resguardo y protección efectiva del derecho al trabajo. Así, el artículo 121 de la Ley fundamental proclamó expresamente que “El trabajo y el capital, como factores de la producción, gozan de la protección del Estado”; esa disposición constitucional impone la obligación positiva al Estado de adoptar medidas de orden legislativo y administrativo para resguardar y proteger el derecho al trabajo. Un dato importante a tener en cuenta es que la Constitución impone la obligación de protección también al generador de la fuente de empleo.

En coherencia con lo anterior, el artículo 122 de la Constitución previó lo siguiente: “La ley regulará el seguro obligatorio de enfermedad, accidentes, paro forzoso, invalidez, vejez, maternidad y muerte, los desahucios e indemnizaciones a empleados y obreros, el trabajo de las mujeres y de los menores, la jornada máxima, el salario mínimo, el descanso dominical y de los feriados, las vacaciones anuales y puerperales con goce de salario, la asistencia médica e higiénica y otros beneficios sociales y de protección a los trabajadores”. Esta disposición es más concreta aún, pues impone al legislador la obligación de expedir una Ley que regule los aspectos medulares del derecho al trabajo, para garantizar a los trabajadores una vida digna del ser humano.

De otro lado, la Constitución, en su artículo 125, proclamó que se garantizaba la libre asociación profesional y sindical y que se reconocía el contrato colectivo de trabajo; y en su artículo 126, reconoció el derecho de huelga como medio de defensa de los trabajadores, conforme a ley.

Es sobre la base de esos mandatos constitucionales que, mediante Decreto Ley del 24 de mayo de 1939, el Presidente de la República, coronel Germán Busch expidió la Ley General del Trabajo, mismo que fue elevado a rango de Ley el 8 de diciembre de 1942. Es en esa ley que se advierte una importante influencia de la Constitución mexicana de 1917; pues en ella se introducen las normas que regulan las relaciones laborales entre el empleador y el trabajador.

En coherencia con los mandatos constitucionales, la Ley General del Trabajo en su artículo 4o., proclamó lo siguiente: “Los derechos que esta Ley reconoce a los trabajadores son irrenunciables, y será nula cualquier convención en contrario”. La Ley introdujo también el régimen de los contratos de trabajo, el individual y el colectivo, previendo que puede celebrarse verbalmente o por escrito, pudiendo acreditarse por cualquier medio legal de prueba; como parte de ese régimen la ley prevé la obligación que tiene el empleador de pagar a favor del trabajador los beneficios sociales, incluido el desahucio, para los casos de retiro por causas ajenas a la voluntad del trabajador. También la Ley define las modalidades de trabajo, incluyendo el trabajo a domicilio y el trabajo doméstico, previendo normas para resguardar y proteger los derechos de los trabajadores. Define las condiciones generales del trabajo, determinando que solamente se realiza el trabajo en día hábiles excluyendo los feriados y domingos; define la jornada máxima de trabajo en 8 horas diarias y 48 horas por semana; en 7 horas para trabajos nocturnos; y en 40 horas semanales para las mujeres y jóvenes. Prevé normas que regulan el régimen de las remuneraciones que deben efectuar los empleadores a favor de sus trabajadores; habiéndose incluido la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas, a través de la percepción de una prima que debe ser pagada por el empleador.¹²

Asimismo la ley, para resguardar los derechos de los trabajadores, entre ellos a la salud, la integridad física y la vida misma, prevé un régimen de seguridad e higiene en el trabajo, imponiendo a los empleadores la obligación de adoptar todas las precauciones necesarias para la vida, salud y moralidad de sus trabajadores; como complemento a lo anterior, prevé un régimen de asistencia médica y otras medidas de previsión social. Algo importante para el resguardo y protección de los derechos del trabajador fue que la ley previó un régimen jurídico de los riesgos profesionales para los casos de accidentes o enfermedades profesionales por razón del trabajo;¹³ este régimen fue de mucha importancia

¹² Mediante la ley del 11 de junio de 1947 se determinó que las empresas que hubieren obtenido utilidades al finalizar el año, otorgarán a sus empleados y obreros, una prima anual de un mes de sueldo o salario.

¹³ El artículo 79 de la Ley prevé textualmente lo siguiente: “Toda empresa o establecimiento de trabajo está obligado a pagar a los empleados, obreros o aprendices que

especialmente para los trabajadores de las minas. Como corolario de esas normas de protección a la salud y la vida misma del trabajador, la ley prevé un seguro social obligatorio a cargo del empleador.

La ley también previó normas que reconocen el derecho de los trabajadores a organizarse en Sindicatos para la defensa de sus intereses colectivos; exceptuando del ejercicio de ese derecho a los funcionarios públicos. Como complemento al derecho a la sindicalización, la Ley también reconoce el derecho a la huelga para aquellos casos en los que fracasen las gestiones de conciliación y arbitraje para resolver los conflictos laborales emergentes de la falta de atención del pliego de peticiones o reclamaciones.

Cabe destacar que gran parte de las normas contenidas en la Ley General del Trabajo tienen como fuente las normas previstas por el artículo 123 de la Constitución mexicana de 1917.

Esa Ley General del Trabajo sigue vigente hasta al presente, pero ha sido objeto de muchas complementaciones a sus normas introducidas a través de leyes y decretos leyes emitidos en todo este tiempo de vida. Fue complementada con el decreto reglamentario del 23 de agosto de 1943, y el Código Procesal del Trabajo, aprobado mediante decreto ley núm. 16896 de 25 de julio de 1979.

Para viabilizar la norma prevista por el artículo 128 de la Constitución de 1938, que preveía la resolución de los conflictos entre empleadores y trabajadores mediante tribunales especiales, por ley del 8 de octubre de 1941 se creó la Corte Nacional del Trabajo, constituyendo de esa forma la Judicatura laboral especializada.

Asimismo, el 14 de diciembre de 1956 se promulgó la ley por la que se aprobó el Código de Seguridad Social, a través del cual se estableció el sistema de seguro social integral, con cobertura del seguro a corto plazo para las contingencias de enfermedad y maternidad, y el seguro de largo plazo para las contingencias de vejez, invalidez y muerte.

ocupe, las indemnizaciones previstas a continuación, por los accidentes o enfermedades profesionales ocurridas por razón del trabajo exista o no culpa o negligencia por parte suya o por la del trabajador. Esta obligación rige, aunque el trabajador sirva bajo dependencia de contratista de que se valga el patrono para la explotación de su industria, salvo estipulación en contrario”.

El derecho a la distribución y redistribución de las tierras

Como se tiene referido precedentemente, uno de los componentes de la crisis social que enfrentó Bolivia en el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX fue la lucha de reivindicación protagonizada por los pueblos indígenas, principalmente los aymaras y quechuas; quienes, además de demandar al Estado el reconocimiento de su derecho a la autodeterminación, exigieron el restablecimiento de la propiedad comunitaria sobre sus tierras de las que fueron despojados.

Cabe señalar que en las naciones y pueblos nativos precolombinos el régimen de propiedad sobre las tierras era comunitaria; anualmente se entregaban lotes de tierra a las familias de la comunidad para que éstas las trabajen y se beneficien con sus frutos; si la mano de obra de la familia no alcanzaba para cubrir las necesidades de trabajo de la tierra, ésta se conseguía mediante algunos sistemas productivos de carácter comunitario tales como el ayni, la minka, o bel motirö.¹⁴ En la época colonial se introdujo el régimen de la “Hacienda”, que consistía en que la Corona Española concedía a los conquistadores extensiones de tierras con población incluida, principalmente en las regiones que comprendían lo que hoy son los Departamentos de Cochabamba, Chuquisaca, Potosí y Tarija; a través de esas concesiones se fue constituyendo el régimen de propiedad individual sobre las tierras, régimen que coexistió con la propiedad comunitaria; en este régimen, según registra la historia, a los indígenas de la hacienda se los llamaba colonos y cada colono trabajaba gratuitamente 4 días a la semana para los propietarios a cambio de una parcela de 200 metros cuadrados para provecho propio; a contraprestación de los frutos que esa parcela le proporcionaba al colono, éste y quienes componían su familia debían cumplir además con un considerable número de obligaciones en provecho exclusivo del patrón o de las autoridades militares, civiles y de la iglesia, labores por las que no recibían pago alguno.¹⁵

¹⁴ Instituto Nacional de Reforma Agraria, *Breve historia de reparto de tierras en Bolivia. De la titulación colonial a la reconducción comunitaria de la reforma agraria: certezas y proyecciones*, La Paz, Centro de Estudios Transdisciplinarios–CEDESTRA, 2008, p. 7.

¹⁵ *Ibidem*, p. 9.

Al nacer Bolivia a la vida republicana en 1825 se mantuvo el régimen de propiedad que combinó la comunitaria y la de hacienda; de manera que el sistema de organización agraria presentaba tres rasgos esenciales en su conformación: 1) reconocía el origen de la comunidad indígena, enraizado en el más remoto pasado prehispánico o colonial; 2) reconocía la propiedad colectiva e inalienable de la tierra, aún así ésta se encontrara parcelada, pues se entendía que en última instancia la propiedad corresponde a la comunidad, y 3) reconocía su sistema organizativo y político porque reunía tanto la tradición prehispánica como colonial.¹⁶ Sin embargo, la concepción liberal se impuso en la definición del dilema que se generó en el área rural, ya que se optó por la absorción de las comunidades indígenas por las haciendas impuestas por los españoles y transformar a los indígenas originarios en colonos y peones, frente a la posibilidad de su sobrevivencia. Como señalan Hernáiz y Pacheco, se optó por la segunda alternativa y la destrucción de las comunidades, con el ánimo de convertir a Bolivia en una sociedad parecida a las de Europa central. Los indígenas, debían integrar a la nación por lo que se les tenía que dar parcelas individuales.¹⁷

El decreto expedido por Simón Bolívar y puesto en vigencia el 29 de agosto de 1825 dio inicio a un duro proceso de desarticulación del régimen de propiedad comunitaria y, con ello, la exclusión y marginación de las naciones y pueblos indígenas originarios del sistema constitucional de la nueva República; pues como mencionan Hernáiz y Pacheco,¹⁸ mediante el referido decreto se dispuso lo siguiente: 1) vender por cuenta del Estado todas las tierras de su pertenencia; 2) excluir las tierras poseídas por los indígenas, declarándoselos propietarios de sus parcelas, las que podían ser vendidas o enajenadas; 3) la repartición de las tierras de comunidad entre todos los indígenas en calidad de dueños, “asignándose más tierra al casado que al que no lo sea”, de manera que ningún indígena quedara sin tierra, y 4) la preferencia de venta de tierras a favor de aquellos que “no la poseen o que la posean en menor cantidad, cultivan, habilitan o tienen en arrendamiento”.

¹⁶ *Ibidem*, p. 7.

¹⁷ Irene Hernáiz y Diego Pacheco, *La ley INRA en el espejo de la historia. Dos siglos de reformas agrarias en Bolivia*, La Paz, Fundación Tierra, 2000, p. 7.

¹⁸ *Ibidem*, p. 7.

El proceso de exvinculación de las tierras se intensificó a partir de la emisión del decreto supremo del 20 de marzo de 1866, por el entonces presidente de la República Mariano Melgarejo, a través del cual se declaró “propietarios con dominio pleno” a los indígenas que poseían terrenos; sin embargo, para que ello se opere tenían la obligatoriedad de “obtener del gobierno el título de su propiedad, previo pago de un monto no menor de los 25 pesos ni mayor de los 100 según la extensión y calidad del terreno que poseían”; para el caso de incumplimiento, la consecuencia jurídica prevista por el decreto fue la pérdida del derecho propietario; pues el decreto dispuso que si en el término de 60 días, después de notificado, no se obtenía el título respectivo el indígena sería “privado del beneficio” y el terreno se enajenaba “en subasta pública previa tasación”. Con la aplicación del mencionado decreto Supremo se procedió al remate, por parte del Estado, y la compra de tierras por parte de viejos y nuevos hacendados; pues los indígenas, por diversas razones, no tramitaron la extensión del título de propiedad.

El proceso se acentuó con la emisión de la ley del 5 de octubre de 1874, conocida como la “Ley de Exvinculación”; ya que a través de ella se desconoció de manera explícita la existencia jurídica de las comunidades indígenas. En efecto, el artículo 7o. de la referida ley dispuso textualmente lo siguiente: “Desde que sean conferidos los títulos de propiedad, la ley no reconocerá comunidades”; la disposición legal estaba orientada a desarticular la estructura misma de los pueblos indígenas y romper el régimen de propiedad comunitaria, fracturando la base de la relación secular existente entre el indígena y la tierra; para sustituir por un régimen de propiedad individual; tal es así que el artículo 5 de la ley disponía lo siguiente: “En consecuencia de las anteriores disposiciones, los indígenas podrán vender o ejercer todos los actos de dominio sobre los terrenos que poseen, desde la fecha en que se les extiendan sus títulos, en la misma manera y forma que establecen las leyes civiles respecto a las propiedades de los demás ciudadanos”. Además la ley dispuso que las tierras que no estaban en posesión de los indígenas fueran declaradas sobrantes y de propiedad del Estado, para su posterior venta pública.

Con las disposiciones legales referidas y las acciones de los gobernantes se produjo una doble consecuencia; de un lado, la marginación

y exclusión de las naciones y pueblos indígenas originarios y la consiguiente desarticulación del régimen de propiedad comunitaria; y, de otro, la pérdida de la propiedad sobre la tierra para los indígenas a favor de los hacendados, a través de las compras realizadas por estos últimos en precios bajos. De manera que, como sostienen Hernáiz y Pacheco, con la fundación de la República en lugar de destruirse la herencia colonial se consolidó el proceso de concentración de la tierra a favor de algunos latifundistas y, con la aplicación de otras medidas, se mantuvo la condición servil de la mayoría nacional; con el paso del tiempo las tierras de las haciendas crecieron y las tierras de las comunidades originarias disminuyeron.¹⁹

Las disposiciones legales y acciones gubernamentales que provocaron la exclusión y marginación de las naciones y pueblos indígenas, hasta intentos de liquidación, el sometimiento a un sistema de explotación servidumbral, la privación del derecho a la educación y el desapoderamiento de sus tierras, generaron una dura resistencia de parte de los indígenas, expresada a través de levantamientos y sublevaciones, como la liderada por el cacique aymara Pablo Zárate Willca, quien se alió a las fuerzas federalistas para enfrentar a los conservadores en la revolución federalista de finales del siglo XIX; y la creación de los sindicatos agrarios a partir de la década de los 20 hasta la década de los 50 del siglo XX.

Bajo la influencia de la Constitución mexicana de 1917, la Convención Nacional Constituyente de 1938 incorporó en la Constitución normas que sentaron las bases para superar esas acciones de injusticia social. Así, el artículo 107 de la Constitución de 1938 proclamó expresamente lo siguiente: “Son del dominio originario del Estado, a más de los bienes a los que actualmente la ley da esta calidad, todas las sustancias del reino mineral, las tierras baldías con todas sus riquezas naturales, las aguas lacustres, fluviales y medicinales, así como todas las fuerzas físicas susceptibles de aprovechamiento económico. Las leyes establecerán las condiciones de este dominio así como las de adjudicación a los particulares”; la disposición legal sirvió de base para que el gobierno emergente de la revolución del 52 emitiera la Ley de Reforma

¹⁹ *Ibidem*, p. 10.

Agraria declarando tierras baldías, por afectación, las que estuvieron constituidas en latifundio.

De otro lado, el artículo 165 de la referida Constitución preveía lo siguiente: “El Estado reconoce y garantiza la existencia legal de las comunidades indígenas”; disposición constitucional que restableció el reconocimiento jurídico de la existencia de los pueblos indígenas originarios que había sido expresamente desconocida por la ley del 5 de octubre de 1874. Por lo demás, el Constituyente remitió al legislador ordinario la regulación sobre los derechos de los indígenas, entre otros, respecto a sus tierras comunitarias; pues el artículo 166 de la ley fundamental disponía lo siguiente: “La legislación indígena y agraria se sancionará teniendo en cuenta las características de las diferentes regiones del país”.

Si bien es cierto que la Constitución no fue más explícita en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas a la autodeterminación, a sus tierras comunitarias de origen, a su identidad cultural, a la titulación de sus tierras, y otros; no es menos cierto que estableció las bases para que el legislador pueda expedir las leyes necesarias y el Órgano Ejecutivo pueda adoptar las medidas de orden reglamentario y administrativo para resguardar y proteger los derechos de esos colectivos humanos. Lamentablemente, debido a la resistencia de la oligarquía minera feudal los gobernantes de turno no afrontaron el problema.

Fue el gobierno surgido de la revolución del 52, presidido por Víctor Paz Estensoro, que bajo la presión de los movimientos indígenas y campesinos, el que adoptó y expidió la Ley de Reforma Agraria, aprobada mediante decreto ley núm. 3464; a través de la cual se eliminó el latifundio creado con la concentración de las tierras, además se puso fin al sistema de explotación servidumbral a la que fueron sometidos los indígenas y campesinos.

La reforma agraria decretada por el gobierno tenía como eje central el principio de “la tierra es para quien la trabaja”, lo que implica que la tierra debe cumplir una función económica-social; sus objetivos fueron definidos en el decreto ley de la siguiente forma: 1) la abolición de la servidumbre, para cambiar el sistema feudal de tenencia y explotación de la tierra, que fue impuesta por los hacendados latifundistas; 2) la eliminación del latifundio creado a través de los procesos de exvincu-

lación, sustituyéndola por una justa redistribución de la tierra entre los que la trabajaban, instituyéndose el trabajo como fuente del derecho de adquirir la propiedad de la tierra;²⁰ 3) la restitución a las comunidades indígenas de las tierras que les fueron usurpadas; 4) la tecnificación y el aumento de la producción agropecuaria; 5) la promoción de corrientes de migración y la vertebración económica del oriente con el occidente, y 6) la conservación de los recursos naturales.²¹

Para el cumplimiento de esos objetivos la Ley de Reforma Agraria, entre otras medidas importantes, abolió la explotación servidumbral; el artículo 144 de la Ley dispuso que “Queda abolido el sistema de colonato, así como toda otra forma de prestación de servicios personales gratuitos o compensatorios”. También dispuso expresamente la abolición del latifundio,²² prohibiendo la existencia de la gran propiedad agraria corporativa u otras formas de gran concentración de la tierra, en manos de personas particulares y de entidades que, por su estructura jurídica, impidan su distribución equitativa entre la población rural; asimismo, introdujo un régimen de afectación de las tierras consideradas o catalogadas como latifundio. Clasificó las formas de propiedad agraria y delimitó las extensiones de dichas propiedades. Previó la

²⁰ Ese objetivo fue plasmado como principio en la Constitución de 1961, cuyo artículo 164 disponía expresamente lo siguiente: “Se instituye el trabajo como fuente básica de derecho en los modos de adquirir y conservar la propiedad agraria y se declara el derecho a la dotación de tierras a favor de los campesinos”. En la Constitución vigente es la base fundamental para el reconocimiento, protección y garantía por parte del Estado de la propiedad individual, comunitaria o colectiva sobre la tierra; así lo define el artículo 393.

²¹ Así se definió en la parte considerativa del decreto ley núm. 3464, por el que se aprobó la Ley de Reforma Agraria.

²² El artículo 12 de la Ley de Reforma Agraria definió el Latifundio en los siguientes términos: “propiedad rural de gran extensión, variable según su situación geográfica, que permanece inexplorada o es explotada deficientemente, por el sistema extensivo, con instrumentos y métodos anticuados que dan lugar al desperdicio de la fuerza humana, o por la percepción de renta fundiaria mediante el arrendamiento; caracterizado, además, en cuanto al uso de la tierra en la zona interandina, por la concesión de parcelas, pegujales, sayañas, aparcerías u otras modalidades equivalentes, de tal manera que su rentabilidad a causa del desequilibrio entre los factores de la producción, depende fundamentalmente de la plusvalía que rinden los campesinos en su condición de siervos o colonos, y de la cual se apropia el terrateniente en forma de renta-trabajo, determinando un régimen de opresión feudal, que se traduce en atraso agrícola y en bajo nivel de vida y de cultura de la población campesina”.

restitución de las tierras usurpadas, desde el 1.º de enero de 1900, a las comunidades indígenas, de acuerdo a un reglamento especial, reconociendo la potestad que tienen éstas para, a través de sus personeros reconocidos, demandar la restitución de las tierras usurpadas; también reconoció que las comunidades indígenas son propietarias privadas de las tierras que poseen en conjunto. Determinó la reversión de tierras baldías, así como la expropiación para adjudicación. De otro lado, previó un régimen de dotación de las tierras fiscales, definiendo las prioridades; así, para el caso de las tierras afectadas por latifundio determinó que tendrían derecho preferente a la dotación los propios colonos y trabajadores agrícolas; y como parte de ese régimen, estableció la redistribución de la tierra. Introdujo un régimen de las organizaciones campesinas; definió lo que es la Comunidad Campesina, para luego delimitar sus funciones; reconoció los Sindicatos Campesinos; y reguló el régimen de trabajo campesino.

No cabe duda alguna que la reforma agraria, si bien tuvo limitaciones y contratiempos en su implementación, se constituyó en la medida más importante que adoptó el gobierno para materializar el reconocimiento y resguardo de los derechos sociales de los indígenas y campesinos, habiéndolos liberado de la explotación servidumbral a la que fueron sometidos; les permitió, a los indígenas recuperar parcialmente las tierras que antiguamente fueron suyas, aunque esa restitución no fue plena, menos bajo el concepto de propiedad comunitaria; y a los campesinos les permitió acceder a la distribución de tierras para que puedan trabajarlas en provecho suyo y de su familia.

Sin embargo, cabe resaltar que, como sostienen Hernaíz y Pacheco,²³ la defensa de la comunidad indígena y la restitución a las comunidades indígenas de las tierras que les fueron usurpadas, si bien se mantuvieron en las políticas de la reforma agraria de 1953, pasaron en los hechos a un segundo plano; ello debido principalmente a los siguientes factores: a) la preferencia de la dotación de tierras a los colonos de las haciendas de antiguas tierras de comunidad; b) los mecanismos más prácticos para obtener la tierra de manera “individual”, aún cuando éstas estuvieran situadas en las laderas o en áreas más frágiles —o

²³ *Op. cit.*, p. 12.

menos productivas—, y c) la movilización estatal dirigida a afectar el mayor número de haciendas y titular a los colonos como pequeños productores produjo una inadecuada interpretación de la realidad histórica de estas comunidades.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABECIA BALDIVIESO, Valentín, *Historia del parlamento*, La Paz, Presidencia del Congreso Nacional, Comisión de Modernización Legislativa, y Secretaría General, 1999, t. III.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “El Estado social de derecho y la Constitución mexicana”, *La Constitución mexicana: rectoría del Estado y economía mixta*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985.
- y Salvador Valencia Carmona, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa, 2007.
- GALINDO DE UGARTE, Marcelo, *Constituciones bolivianas comparadas*, Cochabamba, Los Amigos del Libro, 1991.
- HERNÁIZ, Irene y Diego Pacheco, *La Ley INRA en el espejo de la historia. Dos siglos de reformas agrarias en Bolivia*, La Paz, Fundación Tierra, 2000.
- INSTITUTO NACIONAL DE REFORMA AGRARIA, *Breve historia de reparto de tierras en Bolivia. De la titulación colonial a la reconducción comunitaria de la reforma agraria: certezas y proyecciones*, La Paz, Centro de Estudios Transdisciplinarios—CEDESTRA, 2008.
- LIBORIO, Justo, *Bolivia: La revolución derrotada*, Cochabamba, Araujo Rojas, 1967.
- LORA, Guillermo, *Historia del Movimiento Obrero Boliviano 1900-1923*, Cochabamba, Los amigos del Libro, 1969, t. IV.
- RIVERA SANTIVAÑEZ, José Antonio, *El proceso constituyente en Bolivia*, Cochabamba, Grupo Editorial Kipus, 2005.
- VALENCIA VEGA, Alipio, *Historia política de Bolivia*, La Paz, Editorial Juventud, 1986, v. 7.



ORÍGENES, EVOLUCIÓN Y ACTUALIDAD DEL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL PANAMEÑO

Jorge Giannareas
Sebastián Rodríguez Robles

PRIMERA PARTE EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES

INTRODUCCIÓN

El derecho constitucional y procesal constitucional panameño le deben a *México* y en especial a la *Constitución de 1917*, promulgada en Querétaro, el establecimiento de los *derechos sociales* y la instauración de la *acción de amparo de garantías constitucionales* como su instrumento de protección. Nuestra segunda Constitución republicana, dictada en 1941, consagró dichas instituciones que modernizaron el viejo constitucionalismo liberal que imperaba en el istmo.

El presente trabajo consta de dos partes; en la primera, se examina el *origen* y la *evolución* de los *derechos sociales en Panamá*, explorados desde el enfoque doctrinal de sus principales cultores: *José Dolores Moscote*, *César A. Quintero* y *Humberto Ricord*, los dos últimos autores muy cercanos a la ciencia constitucional mexicana. El examen de las Constituciones y los aportes doctrinales de los constitucionalistas se hacen desde una visión *histórico-política*, pues se identifican los elementos determinantes del contexto y se analizan las relaciones de poder. La

segunda parte explica la *estructura y organización* de la *justicia constitucional panameña*, como punto de partida para entender la tutela procesal de los derechos sociales, su tratamiento jurisprudencial, su desarrollo legislativo y, por último, los inmensos *retos*, las frecuentes *vicisitudes* y las *perspectivas emergentes*, como el *control de convencionalidad* realizado por las autoridades nacionales para lograr la protección efectiva de los derechos.

CRÍTICAS A LA CONSTITUCIÓN DE 1904

Los derechos sociales surgen en la cultura política y constitucional panameña, durante la primera mitad del siglo XX, como un aspecto importante de la crítica al constitucionalismo decimonónico representado por la Constitución de 1904. Dicha carta fundamental fue aprobada por la Convención Constituyente a escasos tres meses de declarada la separación de Colombia el 3 de noviembre de 1903. Con dicha carta se produjo el alumbramiento del nuevo Estado, en el marco de un acuerdo repentino entre liberales y conservadores panameños, motivados ambos bandos por el proyecto de la construcción de un canal interoceánico que tendría a los Estados Unidos de América como socio, que además los defendería militarmente frente a un eventual ataque colombiano. En dichos momentos regía en el istmo la Constitución colombiana de 1886, reflejo de la visión liberal-conservadora y centralista de Rafael Núñez (1825-1894). Así, los primeros gobiernos de la República estuvieron liderados por los conservadores, grupo hegemónico en el istmo a raíz de la derrota militar de los liberales en la Guerra de los Mil Días (1899-1902).

A las dos primeras administraciones conservadoras les siguieron las liberales, encabezadas por Belisario Porras (1856-1942), quien ejerció las riendas del Ejecutivo durante casi diez años en el periodo que va de 1912 a 1924.¹ En muchos sentidos, el caudillo liberal construyó los

¹ Belisario Porras fue elegido mediante sufragio indirecto para el periodo 1912-1916. En 1916 fue elegido de la misma manera Ramón Maximiliano Valdés, liberal, al igual que Porras. Lamentablemente, Valdés falleció en ejercicio del cargo el 3 de junio de 1918, y lo sustituyó Ciro Urriola, primer designado para el periodo 1916-1918. El

pilares institucionales de la naciente República, pero no logró establecer un consenso para asegurar su relevo político. Tras las mutuas denuncias que se intercambiaron entre sí los varios partidos liberales, que las diferencias personalistas habían generado, y tras el golpe de Estado de 1931, quedó claro que los conflictos entre los grupos dominantes rebasaban el marco constitucional. En este contexto, el malestar que causaba el personalismo en la política se sumaba a la falta de respuestas adecuadas por parte del Estado. Mientras lo primero se traducía a menudo en violaciones a la Constitución, lo segundo era, parcialmente, el resultado de una Constitución que se había quedado atrás. Con la emergencia de nuevos conflictos sociales (la huelga inquilinaria, el movimiento social por la emancipación de las mujeres, las reclamaciones de autonomía del pueblo Kuna) se hizo evidente que la República no tenía respuestas.

La carta fundamental de 1904 se mantuvo vigente durante 37 años. Entre 1906 y 1932 tuvieron lugar diez actos de reforma (en 1906, 1918, 1928, 1932) en aspectos muy puntuales que no tocaron su credo individualista.² Por eso, cuando en la década de los treinta José Dolores Moscote (1879-1956) propuso un amplio programa de reformas a la Constitución, *los derechos sociales figuraron de manera prominente*. Moscote fue un insigne educador y abogado, oriundo de Cartagena, Colombia, que pronto se constituyó como el principal constitucionalista del istmo a través de su papel de formador de las nuevas generaciones de juristas que durante los años veinte sellaron su compromiso con la justicia mediante lo que aprendieron en la Escuela Libre de Derecho. Primero en su labor como docente, y luego como intelectual liberal, Moscote promovió las nuevas ideas del progresismo liberal, como el

1o. de octubre de 1918, la Asamblea eligió a Belisario Porras por el resto del periodo constitucional. En este periodo, Porras impulsó la reforma de la Constitución para introducir el sufragio directo. Como no estaba permitida la postulación del presidente de la República para un siguiente periodo continuo, Porras renunció a la presidencia en enero de 1920, y en los comicios de agosto fue elegido presidente de la República para el periodo 1920-1924, el primero por sufragio directo.

² Oscar Vargas Velarde, “La evolución constitucional en el Panamá republicano”, en Salvador Sánchez González, *César A. Quintero Correa (1916-2003). Libro homenaje*, Panamá, 2013, pp. 89-144.

resultado de un cambio en la sociedad y como la manera más adecuada de ajustar la Constitución a esa sociedad emergente.³

Con el impulso combinado de hacer docencia y política, Moscote expuso un muy completo programa de reformas constitucionales por medio de artículos cortos con un lenguaje llano, los cuales se publicaron, primero, como artículos de opinión en los principales periódicos nacionales, y luego se compilaron en una obra titulada *Orientaciones hacia la reforma constitucional*, que vio la luz en 1934. Entre las principales fuentes de renovación del derecho constitucional de su tiempo, Moscote menciona la Constitución mexicana de 1917, en primer lugar, a la que considera un modelo para América Latina, de la misma forma como lo fue en otro momento la Constitución de los Estados Unidos de América. Luego menciona la alemana de 1919, la checoslovaca de 1920, la de Irlanda de 1922, la chilena de 1925, la griega de 1927, la ecuatoriana de 1929, la española de 1931 y la uruguaya de 1934.⁴

En 1934, Moscote propuso que la denominación del título III, que en la Constitución de 1904 era “Derechos individuales”, se sustituyese por “Derechos, deberes y garantías”, que era, en su opinión, “más conforme con el desarrollo que alcanzaría..., si se le agregaran las nuevas disposiciones que recogen las tendencias socializantes del Derecho constitucional moderno”. Central en esas tendencias era la reforma de la propiedad. Así, decía:

La institución de la propiedad constitucionalmente está estancada entre nosotros, pero es claro que en el dominio de la conciencia pública y aun en el más verificable de la legislación ordinaria y la reglamentación ejecutiva, ella está muy lejos de ser esa cosa estática, inmodificable, que quisieran fuese nuestras clases poseyentes. Ella aquí, como en todas partes, está evolucionando de hecho. ¿Por qué no confirmar esta evolución en el estatuto fundamental?⁵

³ José Dolores Moscote, *Derecho constitucional panameño*, 2a. ed., Panamá, Panamá, 1960, capítulo IV, pp. 123-230.

⁴ *Ibidem*, p. 141.

⁵ *Ibidem*, p. 146.

En la construcción conceptual que hace Moscote, siguiendo a Maurice Hauriou y a León Duguit, sus maestros franceses, la reforma de la propiedad era uno de los elementos del proceso de racionalización de la vida pública por el que atravesaban las sociedades del siglo XX y debía seguir principios de carácter social que, en la mirada de Moscote, eran dos, a saber: el dominio original del Estado sobre toda propiedad territorial y la consecuente regulación del derecho de propiedad de los particulares como “derecho público”, y por lo tanto sujeto al interés de la economía nacional.

Sabedor de los límites del sistema político, Moscote buscó galvanizar su propuesta contra posibles ataques ideológicos que señalaran el carácter “socialista” de sus recomendaciones. El constitucionalista lo explicó así:

No hay en esta reforma nada de carácter revolucionario, ningún intento de desposeer a nadie de lo que legítimamente le corresponda, nada que salga de los cauces de una evolución jurídica normal cuyo punto de partida arranca de ese mismo derecho individualista que informa nuestra Constitución. De lo que se trata es de conseguir que este derecho gire francamente dentro de la órbita del derecho social que lo complementa; de que los menos y más favorecidos tengan deberes para con los más y peor servidos, de que, en síntesis, la propiedad, sin dejar de afectar la forma individual que todavía tiene, quede sujeta a todas las modificaciones que el Estado crea necesario imponerle en obsequio del bienestar económico común.⁶

Como vemos, Moscote presenta la doctrina de la función social de la propiedad como una “evolución jurídica normal”, resultado de una evolución social, y que además lleva aparejado el intervencionismo estatal en materia económica, por el que también abogó Moscote en su programa de reformas del Estado. En algunas ocasiones, Moscote denomina su doctrina “nuevo liberalismo”, y en otras “individualismo social”, y no se olvida de marcar una diferencia crucial respecto de la doctrina socialista: “La esencia del socialismo no es la intervención pública, sino la propiedad pública, y no solo la propiedad pública en el sentido de pura forma, sino en lo que ella significa, el uso de las fuentes

⁶ *Ibidem*, p. 148.

de producción poseídas por el público para satisfacer las necesidades de una sociedad desprovista de clases”.⁷

Sobre la base de los anteriores planteamientos, Moscote aborda entonces los nuevos derechos sociales, los cuales responden, dice el maestro constitucionalista, a un “ideal de libertad individual y colectiva que, cada día, gana más terreno. El derecho constitucional de los últimos veinte años les ha otorgado carta de ciudadanía entre el conjunto de normas fundamentales de vida que el progreso social ha hecho inevitable”.⁸ En su análisis, Moscote contrasta el significado “exclusivamente político” de las primeras Constituciones con el “contenido social” de la nueva generación de normas fundamentales. Son cuatro los derechos sociales que menciona en su obra: el derecho del trabajo, el derecho social familiar, la asistencia pública (muy ligada a la salud pública), y la educación y la cultura nacional. Veamos el planteamiento que acompaña a cada uno.⁹

Sobre el derecho del trabajo, Moscote recurre a mostrar la distancia que separa a la legislación entonces existente en Panamá de “los compromisos adquiridos” mediante el Tratado de Versalles, deplora el atraso panameño y aboga por la adopción de una legislación social obrera. Es cierto que Moscote pondera ciertos avances de la legislación social en Panamá, pero nos recuerda que “no hemos llegado a la altura en que se encuentra, por ejemplo, la constitución mejicana”. En general, Moscote dejar ver su optimismo en esta materia, pues considera que la campaña electoral ha puesto de relieve que todas las fuerzas políticas convergen en la necesidad de adoptar una legislación social favorable a los trabajadores.

En cuanto al derecho social familiar, Moscote argumenta que se trata de sustraer la regulación del matrimonio y las relaciones entre padres e hijos del ámbito del derecho civil. Se trata de un resultado de la posguerra, cuya evidencia nos la ofrecen las Constituciones alemana y española, y que en América encuentra destacados ejemplos en la Cons-

⁷ *Ibidem*, p. 154.

⁸ Aunque los comentarios que reproducimos en lo sucesivo están tomados de su obra *Derecho constitucional panameño*, publicada en 1943, en esta sección, ellos son una reproducción de la obra de 1934, según el propio texto informa.

⁹ *Ibidem*, pp. 155-158.

tituciones ecuatoriana y uruguaya. En este contexto, Moscote apostilla así su exposición: “No se olvide que la de Méjico es una constitución precursora, modelo hoy de constituciones avanzadas, como ya lo fue la norteamericana en la época de oro de la democracia individualista”. Nuevamente, Moscote cierra su reflexión con una nota positiva, pues piensa que la igualdad de los hijos se puede lograr muy pronto en Panamá, de la misma manera como se logró la equiparación de la condición civil de la mujer, “sin necesidad de jornadas insistentes y violentas”.

El concepto de “asistencia pública”, según Moscote, es lo más alejado de las instituciones de beneficencia y caridad social que buscan prestar “auxilio” al “caído en la lucha por la vida”. La asistencia pública es una función del Estado moderno que debe ocuparse de:

...atender las condiciones generales higiénicas y sociales que influyen sobre la salud nacional; de dar, como ya hemos visto, protección a los trabajadores y a las madres; de proteger, con reglamentos higiénicos apropiados, la salud de todos los ciudadanos; de prevenir las enfermedades contagiosas y luchar por extirparlas cuando, a pesar de las precauciones tomadas, aparecen; de fundar dispensarios y hospitales en donde los ciudadanos pobres hallen asistencia y alivio en sus dolores.¹⁰

Este contenido se sitúa dentro de una relación entre la obligación del Estado y el derecho del ciudadano. Consistentemente, Moscote repite su análisis de que ya la legislación ha logrado establecer algunos avances al respecto y que lo que procede en Panamá es “constitucionalizar los fundamentos” de estas actividades en la forma de una declaración de principios. Su optimismo sistemático sobre la viabilidad de la constitucionalización de esta función se acompaña aquí de un cierto realismo: “lo que hace falta es ponerla a cubierto de las veleidades administrativas de nuestros gobernantes y de las contingencias políticas del porvenir”.¹¹

Finalmente, Moscote resalta cómo las nuevas Constituciones han consagrado el sistema de instrucción pública, así como la educación y la cultura, y en general, lo que abarca la ciencia y las humanidades. Se

¹⁰ *Ibidem*, p. 164.

¹¹ *Ibidem*, p. 165.

trata de establecer mediante normas constitucionales la facultad del Estado “no sólo para intervenir en la dirección, organización e inspección de la enseñanza, sino para determinar, en el ejercicio de ellas, los principios y fundamentos en que debe descansar el régimen educativo, generalmente laico, bien que respetuoso de las creencias disidentes”.¹² Moscote valora positivamente el hondo arraigo que tiene en el constitucionalismo de nuevo cuño “el pensamiento de que la educación de la juventud es un negocio primordial del Estado que no debe seguir por más tiempo expuesto a las circunstancias contingentes de leyes, determinadas casi siempre, por los cambios temperamentales que las luchas de partido producen en los políticos, ni mucho menos sujeto a intereses sectarios de carácter disociador”.¹³

INCLUSIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES EN 1941

En 1925, 1934 y 1938 fracasaron ambiciosas propuestas de reforma constitucional debido a la falta de consenso entre los partidos políticos.¹⁴ Mientras tanto, los problemas sociales se fueron agudizando, pues hay que tomar en cuenta que con los trabajos de construcción del Canal de Panamá (1904-1914) y su posterior apertura en 1914, las ciudades terminales de Panamá y Colón experimentaron un crecimiento desmedido. A la inmigración producto de las obras del Canal hay que añadir la intensificación de la migración del campo a la ciudad.¹⁵ El aumento de la demanda por más viviendas, más escuelas, más servicios de salud y atención médica, se produjo fuera de todo cálculo o previsión por unas estructuras de gobierno ya de por sí muy limitadas. Lógicamente esto impactó los discursos políticos dominantes y se generalizó una oferta electoral que posicionaba la atención de los problemas sociales.

¹² *Ibidem*, pp. 166 y 167.

¹³ *Ibidem*, p. 167.

¹⁴ Un magnífico recuento de los distintos proyectos en disputa puede verse en Oscar Vargas Velarde, “La evolución constitucional...”, *cit.*, pp. 92-209.

¹⁵ Véase Humberto Ricord, “Las Constituciones panameñas del siglo XX”, en *El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX*, t. III: *Constitucionalismo. Colaboraciones extranjeras*, México, 1988, pp. 321-370.

En octubre de 1940, tras un proceso electoral convulso, de persecución a los adversarios de la candidatura oficialista, e incluso de suspensión de las garantías constitucionales, que obligó al principal candidato opositor, el distinguido jurista liberal Ricardo J. Alfaro, a retirarse de la contienda electoral, accedió al solio presidencial Arnulfo Arias Madrid (1901-1988), adalid del temprano nacionalismo panameño, organizado en el Partido Nacional Revolucionario. Como parte de su promesa de cambio institucional, Arias Madrid se propuso reformar la Constitución de modo sustancial. En ocho semanas logró que la Asamblea Nacional discutiera y aprobara un nuevo texto fundamental. Aunque la intención original había sido aprobar un conjunto significativo de reformas a la carta magna, la cantidad y magnitud de los cambios propuestos favorecieron la redacción de un texto íntegro que debía sustituir a los “hierros oxidados” de la carta de 1904, en la famosa expresión de Fabián Velarde (1898-1946).¹⁶ A fines de noviembre se convocó a un plebiscito que debía ser votado en el plazo de quince días.

El resultado de la votación fue de un 98% de aprobación, lo que motivó algunas especulaciones sobre un fraude electoral aparentemente innecesario.¹⁷ Así, el 2 de enero entró en vigencia la nueva Constitución, con una pretensión de modernidad, pero con un claro corte nacionalista y un modo de andar autoritario. Víctor Florencio Goytía (1899-1979), que había participado con Arnulfo Arias Madrid en el golpe de Acción Comunal en 1931, devino uno de sus más feroces críticos y se opuso al procedimiento adoptado para reemplazar la Constitución de 1904. Goytía, que es también el autor de la primera obra comprehensiva de una historia del constitucionalismo panameño, llamó la atención sobre la subversión del orden jurídico implicada en esta operación de los poderes constituidos bajo la conducción de Arnulfo

¹⁶ Oscar Vargas Velarde, *Fabián Velarde, un espíritu renacentista (1898-1946). Visión de Panamá en la primera mitad del siglo XX*, Panamá, 2010, capítulo VII, pp. 115-156.

¹⁷ En la atendible opinión de Humberto Ricord, la consulta ciudadana de 1940 fue un “simulacro” que además contó con el sospechoso aval inmediato de la Corte Suprema de Justicia. Véase su ensayo “Las crisis políticas y las cuatro Constituciones panameñas del siglo 20”, en la obra colectiva del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, *Los cambios constitucionales*, México, 1977, pp. 137-154.

Arias Madrid.¹⁸ Con el beneficio del tiempo transcurrido, Goytía sentenció en 1953 lo siguiente:

Después de treinta y seis años de vida constitucional ordenada, dentro de la cual se sucedían reformas parciales de conformidad con las exigencias y las necesidades de la nación, como lo determinaba el artículo 137 de 1904, surgió la primera subversión del orden jurídico provocada por los órganos del Poder Público, la primera revolución de arriba hacia abajo, que arrebató al pueblo el tradicional ejercicio de la soberanía a través del acto constituyente.¹⁹

Este vicio de origen no sólo explica la corta duración que tuvo la nueva carta, sino que es el comienzo de una “desvalorización de principios” que, según Goytía, en su tiempo “llega a la anarquía”.

En sus disposiciones iniciales sobre la nacionalidad, la carta fundamental de 1941 elevó a rango constitucional aspectos cruciales de la legislación migratoria entonces existente con un contenido racista y discriminatorio. Aunque generalmente se le reconoce como la primera Constitución que estableció derechos sociales, su talante autoritario desdice su pretendida naturaleza popular o democrática. El artículo 23 consideraba como de inmigración prohibida “la raza negra cuyo idioma originario no sea el castellano, la raza amarilla y las razas originarias de la India, el Asia Menor y el Norte de África”. Por esta razón, la visión que hoy predomina sobre la carta de 1941 es que se trató de una “Constitución social autoritaria”, agravada en la práctica por el carácter autocrático del presidente Arias.²⁰

Los redactores de la carta de 1941 siguieron algunas de las recomendaciones que Moscote había formulado en 1934. El título III se denomina “Derechos y deberes individuales y sociales”. Luego de reproducir, con algunas variaciones, la lista de los derechos individuales (artículos 24-51) ya consagrados en la Constitución de 1904, el artículo

¹⁸ Víctor Florencio Goytía, *Las Constituciones de Panamá*, 2a. ed., San José, 1987, pp. 397 y 406.

¹⁹ *Loc. cit.*

²⁰ Según César Quintero, “Esbozo de la evolución política y constitucional de la República de Panamá”, en *Panamá: 90 años de República*, Panamá, 1903, t. I, pp. 200-227. El juicio de Quintero, referido arriba, puede verse en pp. 214 y 215.

52 establece una serie de “reglas” para la protección de la familia y el matrimonio; el artículo 53 consagra la regulación de las relaciones entre el capital y el trabajo; el artículo 54 garantiza el derecho a huelga; el artículo 55 estatuye la función de “asistencia social”, pero remite a la ley la determinación de cómo el Estado la prestará y en qué supuestos; el artículo 56 señala que la educación es un “deber esencial” del Estado y reproduce allí las disposiciones sobre gratuidad y obligatoriedad de la educación que ya contenía la carta de 1904, en la parte final, en un título sobre “Disposiciones generales”, en el artículo 133. En estos cinco artículos se agota la provisión de “derechos sociales” de la nueva carta.

Son derechos sociales porque son parte de un derecho social, y por esta razón la manera en que están formulados no enfatiza particularmente que se trata de “derechos”. Como cuestión de hecho, el término sólo se utiliza tres veces. La primera en el numeral 2 del artículo 52, cuando se dice que “El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos cónyuges”. Nótese que no se trata de un “derecho de protección” de la igualdad, que en ese contexto no puede ser otro que el derecho de la mujer a ser tratada como igual a su pareja. Se trata más bien de indicar un fundamento teórico, del que no se derivan necesariamente conclusiones prácticas, pues la citada norma nada hizo contra las normas del Código Civil que establecían como la principal causal de divorcio el adulterio de la mujer, y la segunda, el concubinato escandaloso del esposo. Esta disposición legal siguió vigente durante más de medio siglo, pues Constituciones posteriores la reprodujeron con las mismas consecuencias.

La segunda ocasión en que se utiliza el término tiene que ver con la provisión sobre la patria potestad (artículo 52, numeral 3), de la que se dice que es “un conjunto de deberes y derechos que tienen los padres en relación con sus hijos”. La disposición añade que “la ley reglamentará y regulará su ejercicio sobre bases de interés social y en beneficio de los hijos”. De nuevo, los “derechos” a que se refiere el artículo son derechos “sobre los hijos”. No se dice en esta norma que los hijos tengan un derecho de invocar la protección del Estado para que sus padres cumplan con sus deberes. Se trata, más bien, de una potestad que el Estado tiene de hacer cumplir a los padres sus “deberes”.

Finalmente, está la norma que consagra el “derecho de huelga” (artículo 54), que es escueta y que se ocupa también de establecer dos situaciones en las que no se reconoce dicho derecho, a saber: “servicios públicos”, “y las que tengan fines exclusivos de solidaridad”. Adviértase que no se establece la protección constitucional del derecho al trabajo; en su lugar, el artículo 53 utiliza la expresión “las relaciones entre el capital y el trabajo” y luego se refiere a que la intervención del Estado se propone lograr “una mejor justicia social” que asegure “al trabajador un mínimo de condiciones necesarias para la vida, y las garantías y recompensas que se le acuerden por razones de interés público y social, y al capital la compensación justa de su inversión”.

En general, el tenor de los derechos sociales de 1941 es que se trata más bien de la función tutelar del Estado con respecto a determinadas esferas de la vida social. El Estado tiene la potestad de hacer que las personas cumplan con los deberes jurídicos que les imponen ciertas relaciones sociales (familia, matrimonio, relación trabajo-capital). Éste es el fundamento del llamado derecho social, del que los derechos sociales son una expresión. Éste es el sentido del término “deberes” en la denominación del título III constitucional. La Constitución de 1941 introdujo otras figuras constitucionales, como el amparo de garantías constitucionales y el control concentrado, o centralizado, de la Constitución (ambas figuras serán discutidas más abajo), que también Moscote había recomendado diez años antes, pero la corta duración de esta carta fundamental (apenas unos cuatro años) no impidió que su marco normativo cobijara una legislación relevante para la institucionalización de los derechos sociales. Así, el gobierno de Arias Madrid aprobó la Ley 23 del 21 de marzo de 1941, mediante la cual se estableció un moderno sistema de seguridad social. De igual manera, Arias Madrid estampó su firma en el Decreto Ley 38 del 28 de julio de 1941, primera norma en regular los derechos de los trabajadores.²¹

No sólo los vaivenes de la vida política hicieron que la Constitución de 1941 tuviera una vigencia efímera. El derrocamiento de Arnulfo

²¹ Según Arturo Hoyos, en su *Derecho panameño del trabajo* (Panamá, 1982, vol. I), este decreto ley “incorporó en su texto la mayoría de las normas sociales anteriores, pero también contenía muchas disposiciones que innovaron la situación jurídico-laboral anterior y previeron mejores condiciones de trabajo”, p. 68.

Arias Madrid, en octubre de 1941, ciertamente colocó un signo de interrogación sobre el futuro de la recién estrenada Constitución. En sus disposiciones transitorias, el artículo 196 de la nueva excerta había establecido que el periodo del Ejecutivo se extendería hasta el 14 de febrero de 1947, es decir, más allá del periodo de cuatro años para el cual había sido elegido y que debería concluir el 30 de septiembre de 1944. La nueva carta establecía un periodo de gobierno de seis años, pero una disposición transitoria extendía el periodo del presidente Arias por un periodo adicional de casi cinco meses más. Como los partidos políticos opositores a Arias habían sido marginados del proceso constituyente, naturalmente presionaron por la anulación de la carta fundamental, que en su opinión había sido el fruto de malas artes y un procedimiento inconstitucional. Su protesta fue moderada, como gesto de prudencia, mientras duró la conflagración mundial, que se había iniciado antes de que Arias Madrid hubiese sido electo presidente de la República. No obstante, en cuanto se conoció el avance de los Aliados sobre las potencias del Eje, la movilización social contra el cuestionado estatuto se agudizó y se gestó un consenso entre los principales partidos políticos de que había que proceder a hacer un proceso constituyente. Con la firma de este acuerdo interpartidario se selló la sentencia de muerte de la Constitución de 1941.

EL SISTEMA DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LA CONSTITUCIÓN SOCIAL LIBERAL DE 1946

En diciembre de 1944, el ministro encargado de la presidencia de la República, Ricardo Adolfo de la Guardia, previo acuerdo público firmado con los partidos de oposición, disolvió la Asamblea y convocó a un proceso constituyente. De la Guardia, al que la prensa independiente había llamado “El usurpador” por sus pretensiones de continuar con el periodo presidencial que Arias se había fijado para sí mismo, tomó una serie de decisiones claves para asegurar la calidad del proceso constituyente: *a)* nombró una comisión de tres juristas de renombre para que elaborasen un anteproyecto de Constitución que sirviera de base a las deliberaciones de los constituyentes; *b)* para la elección de los constituyentes dictó una ley electoral *praeter constitutionem* que esta-

bleció la participación igualitaria de la mujer; *c*) flexibilizó el criterio de la nacionalidad, lo que abrió los espacios de representación política a grupos sociales que tradicionalmente habían sido mantenidos fuera del Legislativo;²² *d*) se permitió la postulación de independientes, lo que le dio acceso a la postulación a grupos ideológicos minoritarios; *e*) se respetó el ejercicio libre del sufragio y se organizó un escrutinio limpio. Todo ello tuvo como lógica consecuencia un órgano de representación política que fue a la vez democrático y popular.

El 6 de mayo de 1945, la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) fue elegida por votación popular directa en un clima de paz, de civismo y de verdadero activismo político. Fue el primer organismo político en la historia panameña en el que el voto de la mujer se dio en un plano de igualdad. Estuvo integrada por 51 miembros, 42 de los cuales fueron elegidos por las provincias, y 9 en circuito nacional. Todos los partidos políticos estuvieron representados, pero ninguno obtuvo la mayoría absoluta. El Partido Socialista tuvo dos representantes. Como se permitió la libre postulación, tres de estos candidatos no-partidarios resultaron favorecidos por el voto, y uno de ellos fue elegido presidente de la corporación. Siete mujeres fueron elegidas como miembros de la ANC, dos como titulares y cinco como suplentes. De las dos titulares, una fue elegida como segunda vicepresidenta de la corporación. Entre los 51 miembros principales se encontraban ocho abogados, cinco educadores, tres periodistas, dos agricultores, tres médicos, un dentista, un ingeniero, seis industriales, 16 hombres de negocio, y seis ex empleados públicos.²³ Indudablemente, la ANC se constituyó en un ejemplo de diversidad política, ideológica y social, de ahí su fortaleza para erigirse en el máximo representante político de la nación.

El 15 de junio de 1945 inició sesiones la ANC, las que se prolongaron hasta el 10. de marzo de 1946, fecha en que fue aprobado el nuevo estatuto fundamental. Históricamente, le correspondió a la ANC, además, la ratificación de la Carta de las Naciones Unidas y el Estatuto de

²² En un reciente estudio, Anayansi Turner afirma que “los hijos de los antillanos que habían perdido la nacionalidad bajo el gobierno de Arnulfo Arias” acudieron a votar masivamente. Véase *La Constitución de 1946 y la constituyente que le dio origen*, Panamá, 2014, p. 46.

²³ Véase *ibidem*, pp. 46 y 47.

la Corte Internacional de Justicia; asimismo, solicitó el establecimiento de las relaciones diplomáticas con la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y su ruptura con España mientras el gobierno español estuviese en manos del general Francisco Franco. También suspendió los lanzamientos de viviendas de las personas que se encontraban en mora hasta que se aprobase la ley que regulara la materia, y creó una Junta de Inquilinato para las ciudades de Panamá y Colón.²⁴

En esas circunstancias, está muy claro que los derechos sociales van a destacar en la Constitución de 1946 como uno de los hitos más significativos en la historia del constitucionalismo panameño. La afirmación de que se trata de un logro político y no de una sofisticación técnica está respaldada por los hechos que conocemos de este proceso. Aunque en términos generales se pueda afirmar que la ANC, durante sus poco más de nueve meses de sesiones, siguió muy de cerca el proyecto elaborado por los juristas Moscote, Alfaro y Chiari, es quizá en la temática de derechos sociales en la que los aportes de los constituyentes son más sobresalientes.

El proyecto entregado por los juristas a la ANC consagraba un título III subdividido por capítulos. Allí nació, en buena parte, la ordenación que conocemos hoy. Así, el capítulo 1 se denominó “Garantías fundamentales” (artículos 23-53); el capítulo 2, “De la familia” (artículo 54); el capítulo 3, “Del trabajo” (artículos 55-66), por lejos, el más extenso, y el capítulo 4, “De la educación nacional” (artículos 67-75). Los cinco artículos sobre derechos sociales en la Constitución de 1941 se habían expandido a 22 en el proyecto con el que se iniciaron los debates en el seno de la Constituyente.

La Constitución de 1946 mantuvo la misma denominación del título III que la carta de 1941, pero siguió al proyecto en la división de capítulos dentro de dicho título. Así, el primer capítulo corresponde a los derechos individuales y se denomina “Garantías fundamentales”; los derechos sociales se encuentran divididos entre los siguientes cinco capítulos (del 2 al 6) en el siguiente orden: la familia, el trabajo, cultura nacional, salud pública y asistencia social, y, por último, colectividades campesinas e indígenas. Obsérvese que esta es la primera vez que

²⁴ *Ibidem*, capítulo 3, pp. 45-57.

la cuestión indígena y campesina aparece en un texto constitucional. Como no hay antecedentes, es lógico esperar un comentario doctrinal, el cual veremos más abajo.

La regulación de los derechos sociales, que en el proyecto consistía de 22 artículos, aumentó a 43 artículos en el texto de la Constitución de 1946. En un estudio comparativo del anteproyecto de 1945 y el texto final aprobado por la ANC, en lo que concierne a los derechos sociales, Anayansi Turner ha resumido así lo novedoso que aporta la nueva excerta:

...una mayor protección económico-social de la madre y el niño; en el terreno laboral los derechos correspondientes al trabajador que se venían reconociendo en otras latitudes; en materia educativa, la laicidad y el carácter técnico de la educación pública, mayores facultades del Estado de intervenir y reglamentar la enseñanza privada, y un régimen de autonomía cultural y financiera para la Universidad oficial; y los capítulos relativos a la salud y asistencia social y a las colectividades campesinas e indígenas.²⁵

Moscote falleció en 1956, antes de que pudiera completar la tarea de comentar sobre los derechos sociales en la nueva carta constitucional,²⁶ que en muchos aspectos estaba poblada de las ideas que muy tempranamente había defendido, como hemos visto, desde la cátedra y como ciudadano de credo progresista. Su relevo lo tomó César Quintero (1916-2003), quien nació en la provincia de Herrera y destacó en la escena nacional, primero como un joven activista en el movimiento Frente Patriótico de la Juventud (1943-1953). Más tarde, cuando el movimiento transmutó y se convirtió en Partido Frente Patriótico, Quintero participó como candidato a la vicepresidencia de la República en las elecciones de 1952, en alianza con el Partido Liberal Renovador. Desde muy joven, César Quintero también destacó como catedrático universitario con su manual *Principios de ciencia política*,²⁷ elaborado

²⁵ *Idem.*

²⁶ En los anuarios de derecho I y II, publicados por la Facultad de Derecho de la Universidad de Panamá en 1956 y 1957, aparecieron sendos artículos de José Dolores Moscote en los que comentaba la Constitución en los títulos I y II, respectivamente.

²⁷ Aún disponible en librerías, y usado en las escuelas públicas, la edición en forma de libro se hizo por primera vez en 1952 y ha recibido desde entonces varias ediciones.

en 1946 a su regreso de la Universidad de Georgetown, donde se había especializado en la materia. Aunque los contenidos de la asignatura habían sido diseñados por Moscote, para la recién creada Universidad de Panamá, fue la obra de César Quintero el libro de texto que durante generaciones formó a los profesionales del derecho panameños.

En dicha obra, Quintero dedicó un apartado a los derechos sociales y vinculó sus antecedentes directamente con la Constitución mexicana de 1917 y la Constitución de Weimar de 1919. En unas pocas páginas de dicha obra, Quintero hizo un comentario breve sobre cada uno de los capítulos que integran el título III de la Constitución. Contrasta el sentido aprobatorio o neutral que Quintero hace de los capítulos 2 al 5, con los comentarios vertidos acerca del capítulo 6. De inicio, Quintero marcó su rechazo y declaró que dicho capítulo “no debió introducirse en la Constitución”, pero no porque las comunidades campesinas e indígenas no tengan derechos sociales, sino porque dichos derechos están establecidos en los capítulos del 2 al 5, que son generales y universales, y deben referirse a todos los ciudadanos por igual. Quintero reconoció, además, que las comunidades campesinas e indígenas “merecen especial atención del Estado por las condiciones de atraso o incuria en que se encuentran, pero ello debe ser materia de una ley especial y de especiales programas de educación y asistencia social”.²⁸ El análisis expuesto en la obra de ciencia política concluyó así: “Esto no quiere decir que las disposiciones consagradas en el capítulo 6 del título III sean inconvenientes en sí o estén mal logradas. Nos parecen, solamente, demasiado particulares y especiales como para que formen parte de la sección constitucional relativa la declaración de los derechos individuales y sociales”.²⁹

En los años cincuenta y sesenta la figura de César Quintero se fortaleció como un especialista en derecho administrativo y constitucional, y sus enseñanzas se convirtieron en el núcleo liberal de las ideas de los egresados de la principal casa de estudios del país, los que a su vez las proyectaron en el imaginario nacional de luchas sociales y de conquista de la soberanía. Históricamente, le correspondió a César

²⁸ César Quintero, *Principios de ciencia política*, 5a. ed., Panamá, 1973, p. 451.

²⁹ *Loc. cit.*

Quintero hacer el primer comentario sistemático a la Constitución de 1946, en la forma de apuntes de clase para sus estudiantes en la Universidad de Panamá. 21 años después de promulgada la Constitución de 1946, César Quintero publicó *Derecho constitucional* (tomo I), obra en la que realizó el más exhaustivo análisis y fundamentación de la Constitución vigente en la historia del constitucionalismo panameño.³⁰ En dicha obra encontramos el más extenso análisis que haya hecho un constitucionalista istmeño sobre los derechos sociales, pues dedica 117 páginas solamente a explicar el significado y la fundamentación de cada uno de los artículos de la Constitución en esta materia. La prolijidad de su comentario, enriquecido con discusiones doctrinales, ilustrado con el derecho comparado y con el análisis de los fallos de la Corte Suprema, no ha sido superada aún.

César Quintero sólo menciona como fuentes primigenias de los derechos sociales las Constituciones de México de 1917 y de Alemania de 1919. “El calificativo de sociales”, explica Quintero, “obedece a que tienen por objeto proteger y asistir a grupos o sectores concretos de la sociedad. En cambio, los derechos estrictamente individuales tienen como titular, en principio, al individuo abstracto y aisladamente concebido”. Continúa así el constitucionalista: “Esta discrepancia teórica no entraña, ni mucho menos, una incompatibilidad institucional. Por el contrario, la consagración constitucional de los derechos sociales —llamados también económicos— tiende a crear las condiciones materiales necesarias para que los derechos individuales sean una realidad y no meras proclamaciones líricas”.³¹ Como evidencia de esa compatibilidad, César Quintero se refiere a la libertad de prensa, que siendo un derecho individual, sería ilusorio en una población mayoritariamente analfabeta. Es así, concluye el jurista, como el derecho social de la educación contribuye a que se realice un derecho individual.

³⁰ La obra estuvo planificada en dos tomos, y el primero, que vio la luz en julio de 1967, abarcaba hasta el título V, relativo al órgano legislativo. El segundo tomo estaba programado para publicación a finales de 1968, pero su autor detuvo las labores de la imprenta ante las vicisitudes del golpe de Estado de octubre de 1968, pues la primera declaración de la Junta Militar de Gobierno fue suspender la Constitución de manera indefinida. Quintero juzgó que, en esas circunstancias, publicar la segunda parte de su comentario a la Constitución vigente tendría poco sentido.

³¹ César Quintero, *Derecho constitucional*, San José, 1967, t. I, p. 258.

Si bien el legado de Moscote fue claramente buscar la integración de los derechos sociales en el imaginario de la república liberal, Quintero enseñó cómo los derechos sociales marcaban una nueva lógica en la protección de los derechos. Según nos dice su obra *Derecho constitucional*, los derechos individuales protegen frente a la autoridad, la cual debe abstenerse de actuar para acatarlos. “El cumplimiento de tales derechos no supone, así, una actividad pública. El carácter de los mismos, en lo que a las autoridades respecta, es pasivo y no dinámico; abstencionista y no interventor”.³² En cambio, los derechos sociales, dice Quintero, “no entrañan garantías de los individuos”, más bien “se traducen en prestaciones concretas a cargo del Estado y en beneficio de grupos sociales económicamente débiles o necesitados”. En ese contexto, Quintero reitera la tesis del necesario intervencionismo del Estado en la economía bajo el concepto de justicia social.

No es necesario resumir aquí las posiciones doctrinales desarrolladas por César Quintero en su exposición sobre los derechos sociales, lo cual lo lleva a hacer la crítica de los conceptos sobre la familia en los civilistas franceses, a apoyarse en el laboralismo mexicano para dar cuenta del fundamento de la protección constitucional del trabajo, a proveer una serie de disquisiciones interesantes sobre democracia, ideología y educación pública, y a fundamentar por primera vez en la teoría constitucional los novedosos conceptos de seguridad social y previsión social, introducidos por la carta fundamental de 1946. Baste decir que una parte de los artículos mantienen una redacción similar o muy aproximada en la Constitución hoy vigente, y que las reflexiones y consideraciones vertidas en el texto pedagógico de 1967 reflejan mucho de lo que hoy constituyen las ideas dominantes en la materia, pese a que no se le cite con frecuencia. Cabe, no obstante, examinar sus comentarios a el capítulo 6, sobre “Colectividades campesinas e indígenas”, mucho más detallados que los que ofreció en *Principios de ciencia política*, y de algún modo más moderados.

La técnica constitucional desaconseja, en opinión de César Quintero, abordar las cuestiones indígenas y campesinas en la sección correspondiente a derechos fundamentales, pues sus derechos están

³² *Ibidem*, p. 259.

garantizados por las disposiciones de todo el título III. Entonces explica en más detalle: “las disposiciones contenidas en los tres artículos que forman parte de este Capítulo, son fundamentalmente de carácter programático e, incluso, declamatorio”.³³ A más de dos décadas de haber entrado en vigencia estas normas, el comentario de Quintero enfoca su aplicación práctica:

...las referidas disposiciones constitucionales han tenido muy poca trascendencia. La suerte del campesino y del indígena ha seguido siendo la misma. Y seguirá siéndolo mientras se les use como ganado electoral; mientras unos partidos políticos sin ideología los envicien y corrompan; mientras sean objeto de la más inicua explotación por parte de mercaderes urbanos; mientras vegeten bajo una supuesta iniciativa privada, inexistente o miserable en las atrasadas regiones donde habitan.³⁴

Al hacer el examen preciso de cada uno de los artículos y numerales del capítulo 6, Quintero reitera su posición una y otra vez: son artículos inocuos e innecesarios, pues los derechos que recogen, o bien ya están contenidos en los artículos sobre la familia, el trabajo, la educación y la salud, o bien son materia de reglamentación legal mediante legislaciones especiales. Cuando en dichos artículos no se establecen derechos, las declaraciones que se hacen están desprovistas de fuerza normativa, que es la razón de ser de la Constitución, y el texto se torna un ejercicio de lirismo del que no se deriva ninguna utilidad ni consecuencia práctica.³⁵

La Constitución de 1946 tuvo una reforma importante en 1956, y aunque muchos artículos fueron modificados, no se alteró el catálogo de derechos. Se trató, más bien, de una reforma administrativa del Estado que buscaba el fortalecimiento de las instituciones de la República, particularmente del Estado de derecho.³⁶ En ese sentido, se puede afirmar que con dicha reforma lo que se buscó no fue innovar en la de-

³³ *Ibidem*, p. 373.

³⁴ *Ibidem*, p. 375.

³⁵ *Loc. cit.*

³⁶ Véase el análisis que de dicha reforma hizo César Quintero: “Las reformas constitucionales de 1956”, en Jorge Fábrega (comp.), *Ensayos sobre historia constitucional de Panamá*, 2a. ed., Panamá, 1991, pp. 507-538.

claración de derechos, sino en el fortalecimiento de la institucionalidad de la que depende la vigencia efectiva de los derechos.

Después del magnicidio de 1955, que concluyó la década más tumultuosa que haya tenido la República, se sucedieron tres administraciones liberales, la última de las cuales preparó el terreno para la cancelación del Estado de derecho. Los derechos sociales siguieron siendo más una promesa incumplida, no plenamente asumida, quizá poco trascendente en la visión estratégica de la política, que una realidad o una guía para las autoridades que tenían como misión cumplir y hacer cumplir la Constitución.

La decadencia de la Constitución de 1946 vendría signada por la corrupción política, el fraude electoral y el deterioro institucional. Un rol determinante en este proceso lento de caída de las instituciones democráticas lo tuvo la fragmentación de los intereses oligárquicos ante la renegociación de los tratados del Canal impuesta por los hechos del 9 de enero de 1964. Habría que añadir que las disputas políticas vuelven a tener como telón de fondo los llamados problemas sociales, intensificados por la falta de respuestas efectivas ante el despliegue despiadado de una economía dual y de cara a un pueblo que se había elevado en la conciencia de ser nación.

NUEVA AMPLIACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LA CONSTITUCIÓN TORRIJISTA DE 1972

Entre la suspensión de la Constitución, como resultado del golpe de Estado del 11 de octubre de 1968, y del 11 de octubre de 1972, fecha en que se aprueba una nueva Constitución, hay un periodo complejo y muy fluido de fuerzas políticas y sociales que buscan tomar el control de la nave del Estado. No es cierto que el golpe de octubre de 1968 se haya dado con el objetivo de establecer la vigencia de la Constitución de 1972.³⁷ La reconfiguración de fuerzas políticas y sociales durante

³⁷ Véase, por ejemplo, la periodización que hace César Quintero de este breve lapso de cuatro años en el ensayo “Antecedentes y significado del Acto Constitucional de 1983”, en la obra compilada por Jorge Fábrega, *Estudios de derecho constitucional panameño* (Panamá, 1987, pp. 61-123, especialmente pp. 63-69). También es relevante aquí el ensayo de Carlos Bolívar Pedreschi, “La dictadura militar”, en Alfredo Castillero

estos años tiende, ciertamente, a la gradual formación de un bloque hegemónico del que la carta fundamental de 1972 es su más fiel expresión. Hacia 1970, el general Omar Torrijos Herrera (1929-1981) logró consolidar su poder desde la jefatura de la Guardia Nacional. Con el propósito de ordenar una enmarañada realidad social, cabe afirmar que el fortalecimiento del régimen militar comandado por el general Torrijos se logró sobre la base de tres estrategias de alianzas: la primera basada en la elevación de las luchas nacionalistas de los años cuarenta que se opusieron al establecimiento de bases militares estadounidenses en suelo panameño, a las que se sumaron en los años cincuenta las que se propusieron la recuperación del Canal. Aunque estas luchas tienen un claro referente nacional en el movimiento estudiantil y popular de la posguerra, e incluso antes, estas reivindicaciones nacionales colocaron a la República de Panamá en el ámbito de las reivindicaciones internacionalistas, como integrante del Movimiento de los No-Alineados; la segunda consistió en el reconocimiento de un más amplio abanico de derechos a la clase trabajadora, lo que le granjeó las simpatías de los sectores obreros organizados en el Consejo Nacional de Trabajadores Organizados; por último, la apertura del país a la economía global, que fue muy beneficiosa para desarrollar una plataforma de servicios financieros y bancarios que, de un modo discreto, habilitó a la figuras del régimen a establecer conexiones valiosas con el sector privado.

Como la primera de estas alianzas agitó la bandera de la recuperación de la soberanía nacional sobre la franja canalera, el discurso político adquirió un tono abiertamente antiimperialista. Un segundo apoyo en esta dirección lo proporcionaron los sindicatos y las organizaciones sociales, que se encontraban a la izquierda de las variantes de liberalismo de los partidos políticos desde los años cuarenta. Además de la base social que representaban las fuerzas de izquierda, un elemento clave de su resonancia lo encontramos en sus intelectuales, quienes fueron eficaces en organizar una retórica antioligárquica desde el poder *in tándem* con la vena antiimperialista ya mencionada. En el periodo del limbo constitucional, estas alianzas estratégicas de los militares con las

fuerzas de izquierda tuvieron un fruto temprano en la aprobación de un nuevo Código del Trabajo, que indiscutiblemente amplió los derechos de la clase trabajadora y el umbral de protección en los conflictos con el capital. La expedición de dicho Código del Trabajo fue un anuncio contundente de la tendencia al reforzamiento de los derechos sociales en el nuevo régimen.

Como ya hemos dicho, Torrijos se supo acompañar también de un sector importante de la empresa privada, una especie de “burguesía nacional”, como sugerían las teorías de la dependencia en boga, para darle sustento a su proyecto desarrollista. En la práctica, las alianzas con el sector privado tuvieron el efecto de ser un contrapeso eficaz para darle al país una diversidad ideológica al tiempo que equilibrio de fuerzas políticas. Así, mientras el 2 de julio de 1970 la Junta Provisional de Gobierno rubricaba el Decreto de Gabinete 238 mediante el cual se creaba la Comisión Bancaria Nacional, el 30 de diciembre de 1971, la misma Junta aprobaba el nuevo Código del Trabajo. El primer decreto sirvió para lanzar el país como plataforma de servicios bancarios y financieros globales, lo que permitiría al régimen financiarse; el segundo fue el instrumento para fortalecer el poder de la dirigencia obrera cercana al régimen y asegurar una base social de apoyo.

Las tres alianzas mencionadas hacen, en su conjunto, que el régimen de Torrijos se perfile como un nacionalismo enteramente diferente de la temprana doctrina nacionalista de Arnulfo Arias, que, como vimos, era de raigambre más bien conservadora y abiertamente anticomunista. Habiendo establecido que se trata de sustancias políticas distintas, abordemos ahora la similitud de sus formas, pues ambos fenómenos se caracterizan por adoptar procedimientos de ruptura del orden constitucional muy semejantes. De la misma forma que la Constitución de 1941 fue una “operación” de los poderes constituidos, como lo denunció Goytía, según vimos, otro tanto cabe decir de la Constitución de 1972, pues fue mediante decreto que se convocó a elecciones de 505 representantes de corregimiento (una circunscripción sub-municipal) para que aprobaran en el plazo de un mes “con o sin modificaciones”³⁸

³⁸ Véase el Decreto de Gabinete 214 del 11 de octubre de 1971, firmado por el presidente y vicepresidente de la Junta Provisional de Gobierno y por todos los ministros de

el texto de reformas preparado por una “Comisión de Reformas Revolucionarias”, integrada por 25 miembros, todos nombrados por el general Torrijos. Nuevamente, la Comisión establecida para la reforma de la Constitución se decantó por preparar un texto íntegro que reemplazaba a la carta magna suspendida por los militares. Así, el 11 de octubre de 1972 concluyó el limbo constitucional abierto por el golpe de Estado de 1968, y se inició la vida de la Constitución de 1972 bajo la férula del poder militar encabezado por el general Omar Torrijos Herrera, elevado a la figura de “jefe de Estado” por un artículo transitorio *intuito personae*.

En una valoración de la historia constitucional panameña escrita en 1993, César Quintero caracterizó así la carta de 1972:

El carácter deliberadamente autocrático, autoritario, y represivo de la referida Constitución se debió a que ello era necesario para imponer los repudiados Tratados canaleros. Por tanto, puede afirmarse que la Carta del 72 fue una Constitución *ad hoc*, hecha por y para la negociación de los Tratados del Canal. Prueba de ello es que tan pronto dichos tratados fueron firmados en Washington, el 7 de septiembre de 1977, se restablecieron, entre otras, las libertades de expresión y de reunión y se inició el proceso reformador de tan anómala Carta fundamental.³⁹

En otros escritos anteriores, César Quintero ya había dado cuenta de las anomalías jurídicas y políticas contenidas en la carta de 1972, que no vamos a repetir en este espacio.⁴⁰ Sólo mencionaremos aquí que el haber abandonado el concepto de separación de poderes por el de “distribución de funciones”, haber establecido, mediante el artículo transitorio 277,⁴¹ el mandato personal del general Omar Torrijos He-

Estado. César Quintero cuestiona la calificación que algunos estudiosos hacen de la Asamblea Nacional de Representantes de Corregimiento como asamblea constituyente. En su muy bien fundamentada opinión, es la Comisión de Reformas Revolucionarias “la verdadera constituyente de 1972”. Véase “Antecedentes y significado del Acto Constitucional de 1983”, *cit.*, p. 71.

³⁹ César Quintero, “Esbozo de la evolución política...”, *cit.*, 1993, t. I, pp. 223 y 224.

⁴⁰ César Quintero, *Evolución constitucional de Panamá*, Bogotá, 1988, pp. 67-70.

⁴¹ Humberto Ricord fue de la opinión que dicho artículo transitorio 277 “tenía un efecto suspensivo absoluto sobre las normas que en el texto constitucional se referían a las atribuciones del Presidente de la República, las más importantes de las cuales

rrera como jefe de Estado, y haber creado un procedimiento legislativo controlado por el Ejecutivo, configura un tipo de régimen para el cual la única denominación técnica posible es “dictadura militar”.⁴² Si utilizamos un concepto meramente formal de Constitución, como el que usó César Quintero en sus diversas obras (siguiendo entre otros la *Teoría constitucional* de Karl Lowenstein), al régimen constitucional creado en 1972 puede llamársele *dictadura militar constitucional*.⁴³

Cabe preguntarse entonces qué importancia tiene en estas circunstancias el catálogo de derechos, pues parece que con la nueva mezcla de derechos individuales y sociales los derechos ya no son un límite del poder.⁴⁴ La respuesta quizá nos la da el preámbulo de dicha Constitución, que nos dice que allí se consagran “los principios sociales, políticos, económicos y morales inspiradores de la Revolución panameña”. Entonces, el catálogo de derechos debe ser entendido como una expresión de dichos principios. Sólo de pasada, vale la pena traer aquí las observaciones preliminares que había hecho Moscote antes de definir

no podría ejercer quien fuera electo para este cargo, porque aquel artículo 277 se las otorgaba personalísimamente al General Torrijos. Esta sola disposición «transitoria» (por seis años) dejaba en suspenso grandes porciones de la propia Constitución”. “Las Constituciones panameñas del siglo XX”, *cit.*, pp. 321-370.

⁴² César Quintero, *Evolución constitucional de Panamá*, *cit.*, pp. 67-70.

⁴³ La cuestión no ha recibido la debida atención, pues los estudiosos del derecho constitucional panameño asumen, en la mayoría de los casos, que el efecto práctico de la Constitución de 1972 fue la legitimación formal del régimen que se había instalado desde el golpe del 68. Esta es la hipótesis de que se trataba de una dictadura militar *constitucionalizada*. Difiero de esta interpretación porque el régimen de facto que operó entre el 11 de octubre de 1968 y el 11 de octubre de 1972 no es en modo alguno similar al que creó la Constitución de 1972. Es cierto que dicha carta fundamental legitimó el poder de los militares, pero lo hizo creando un nuevo régimen cuya mejor designación, en mi opinión, es *dictadura militar constitucional*. JG.

⁴⁴ En su ensayo sobre las Constituciones panameñas, publicado en México, en 1987, Humberto Ricord le dedica sólo dos párrafos a los derechos sociales, en los cuales asevera que el nuevo título III de 1972 “nos brinda una imagen muy peculiar y muy moderna del Estado panameño, asimilándolo a lo que ya se conoce con el nombre de Estado de Bienestar Público, o Social”. Sin embargo, no considera importante comentar las novedades introducidas en el nuevo texto constitucional, sino que prefiere referirse a las disposiciones relativas a la organización económica de la sociedad, que se encuentran en los títulos sobre la “Economía nacional” y la “Hacienda pública”, X y XI, respectivamente, que, en opinión del jurista, contrastan con el Estado de bienestar público delineado. Véase Humberto Ricord, “Las Constituciones panameñas del siglo XX”, *cit.*, p. 347.

el contenido de los derechos sociales: los cambios sociales obligan a hacer cambios en la estructura de la propiedad privada, que son concomitantes con un cambio en la estructura económica de la sociedad, pues el sector público está llamado a jugar un papel como interventor, director, regulador, y, en ocasiones, también de productor de bienes y servicios. Nuevas funciones del Estado significan en la práctica un Estado de mayor densidad, lo que requiere de mayores ingresos fiscales, que sólo se pueden sustentar en un aumento de la carga tributaria. Siguiendo esta dirección, la carta de 1972 establece claramente la doctrina de la función social de la propiedad privada, un conjunto de nuevas instituciones de tutela social y el intervencionismo estatal en la economía. Desde esta perspectiva, en 1972 se abre un proceso que crea un “derecho constitucional social” como base ideológica del nuevo régimen. Por eso, los derechos sociales anidan en el imaginario del llamado “proceso octubrino” como un elemento necesario.

La carta de 1972 mantiene la denominación del título III que se había establecido desde 1941, “Derechos y deberes individuales y sociales”, pero varía ligeramente la distribución por capítulos que se estableció mediante la Constitución de 1946. Así, el capítulo I se denomina “Garantías fundamentales”, y se mezclan allí derechos individuales de corte clásico, tanto en función privada como en función pública, con garantías penales y procesales. La regulación sobre la familia igualmente ocupa el capítulo 2, y la del trabajo el capítulo 3, igual que en la Constitución de 1946, pero con una regulación fortalecida en ambos casos. El primer cambio se produce en relación con el capítulo 4, que aborda lo relativo a la “Cultura nacional”, y el capítulo 5 se dedica al tema de la educación. En la Constitución de 1946, ambos estaban considerados dentro del capítulo 4 bajo la denominación de “Cultura nacional”. En la carta del 72, el capítulo 6 trata de “Salud, seguridad social y asistencia social” y contiene un rango de materias más frondoso que su equivalente en la Constitución de 1946. Finalmente, el capítulo 7 de la Constitución de 1972 altera la denominación de la carta anterior y se denomina “Régimen agrario”, con un enfoque de la cuestión indígena diferente de lo establecido en las normas de 1946 y una nueva mezcla de otras materias.

Se puede afirmar, sin lugar a dudas, que, como marco normativo, la carta de 1972 representa un fortalecimiento de los derechos sociales comparados con los de la excerta de 1946.⁴⁵ Su enfoque es principalmente la ampliación de los aspectos sociales tutelados por el Estado, y, como contrapartida, la creación o fortalecimiento de una “institucionalidad social”. Sin embargo, esto supone la creación de un sector público frondoso, vigoroso y altamente especializado, lo cual conlleva un aumento significativo del gasto público. Así, entre otras cosas, la carta fundamental del 72 estatuye que “el Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores, y garantizará el derecho de estos a la salud, la alimentación, y la educación, seguridad y previsión sociales” (artículo 51), y luego ordena la creación de un organismo para la protección de la familia (artículo 58); se consagra de modo directo “la obligación del Estado de elaborar políticas económicas encaminadas a promover el pleno empleo y asegurar a todo trabajador las condiciones necesarias a una existencia decorosa” (artículo 59), al tiempo que se ordena que “las controversias que se originen entre el capital y el trabajo quedan sometidas a la jurisdicción del trabajo” (artículo 72) como mecanismo de reforzamiento del Código aprobado unos meses antes. En 1945 se discutió una propuesta de crear una jurisdicción especializada del trabajo y fue rechazada por la Constituyente.

Las funciones que la carta de 1972 le asigna al Estado en materia cultural desbordan cualquier previsión que hubiesen hecho los juristas que redactaron el proyecto de 1945. Así, el Estado tutela “el derecho de todo ser humano a participar en la Cultura” (artículo 75), y tiene la obligación de fomentar esta participación, así como “promover, desarrollar y custodiar el patrimonio cultural” conformado “por todas las manifestaciones artísticas, filosóficas y científicas producidas por el hombre en Panamá” (artículo 76); el Estado “formulará la política científica” (artículo 78) y fomentará “la cultura física” mediante el

⁴⁵ “No cabe duda, pues, de que los Derechos Sociales consagrados en la Constitución de 1972 superan formal y sustancialmente a los consignados en la Constitución del 46”. César Quintero, “Antecedentes y significado del Acto Constitucional de 1983”, *cit.*, p. 79. Una exposición detallada de las innovaciones introducidas por el título III en materia de derechos sociales puede leerse en Jorge Fábrega, *Ensayos sobre historia constitucional de Panamá*, *cit.*, pp. 204-210.

deporte, la enseñanza y la recreación (artículo 81); además, el Estado “velará por la defensa, difusión y pureza del idioma español” (artículo 77); “las lenguas aborígenes”, por su parte, “serán objeto de estudio, conservación y divulgación” (artículo 83). El artículo 84 establece las bases para la censura de los medios de comunicación en lo relativo a publicidad y propaganda, y el 85 ordena la creación de una institución para el “estudio, conservación y divulgación de las culturas indígenas y sus lenguas”, así como para la promoción del desarrollo integral de dichos grupos humanos.

En materia de educación, la carta de 1972 muestra un estatismo exacerbado y defenestra la libertad de enseñanza que había sido establecida en 1946 (artículo 79), en favor de un control omnímodo por parte de las autoridades estatales. La libertad de cátedra está contemplada sólo en el régimen universitario (artículo 99), pero esa libertad ya había sido conquistada en 1946 (artículo 88). El planteamiento que se hace en torno a la función “exclusiva” del Estado de organizar y dirigir la educación (artículo 86), y que se impartirá mediante “un sistema único en todo el territorio nacional” (artículo 88), mantiene una tensión con “los programas de educación y promoción para los grupos indígenas” (artículo 102), pues no se especifica el rol de las autoridades tradicionales.

El capítulo 6, relativo a la salud, la seguridad social y la asistencia social, enuncia la salud como “un derecho y una obligación del individuo” (artículo 103), pero al momento de calificar la potestad del Estado no se utiliza el adverbio “exclusivamente”, que se utilizó en el capítulo anterior sobre educación, sino que se dice “primordialmente” (artículo 104). En este título se señalan algunos aspectos potestativos de la función estatal, por ejemplo: “el Estado creará establecimientos de asistencia y previsión sociales” (artículo 105, segundo párrafo); “el Estado podrá crear fondos complementarios” en materia de jubilaciones (artículo 106). Finalmente, se cierra el capítulo con el deber del Estado de establecer “una política de vivienda destinada a proporcionar el goce de este derecho social a toda la población, especialmente a los sectores de menor ingreso” (artículo 109) y el “deber de velar por la conservación de las condiciones ecológicas previniendo la contaminación del ambiente y el desequilibrio de los ecosistemas, en armonía con el desarrollo económico y social del país” (artículo 110).

El “Régimen agrario” del capítulo 7 de la carta de 1972 reemplaza al capítulo 6 sobre “Colectividades rurales e indígenas”. El viejo contenido sobrevive en muchas de sus disposiciones, si bien el enfoque busca ser más amplio, por ejemplo, cuando se reconoce “el derecho de todo agricultor a una existencia decorosa” (artículo 111). No obstante, la nueva formulación de este capítulo busca reforzar los aspectos económicos de las comunidades que han sido marginadas por el estilo de desarrollo basado en el uso intensivo de capital y tecnología. Así, la política agraria está dirigida a pequeños y medianos productores agropecuarios (artículo 115), mientras que otras disposiciones tienen el propósito de proteger a las poblaciones (indígenas) donde se concentra la pobreza (artículo 116).

La redacción de la carta de 1972 parece haber aceptado parcialmente las críticas que César Quintero formuló desde la cátedra en relación con la norma de 1946, y que comentamos arriba, pues se insertaron en distintos capítulos de los derechos sociales disposiciones en las cuales se tutelan de forma especial los derechos de los pueblos indígenas a su desarrollo. Esto se aprecia en materia de cultura (artículos 83 y 85), educación (artículo 102) y salud (artículo 108), aunque no hay disposiciones similares en los capítulos concernientes a la familia y al trabajo. Este significativo entramado de derechos sociales en el que se mezclan ámbitos de competencia regulatoria exclusiva del Estado, deberes de las autoridades en la provisión de servicios, espacios reservados para la potestad reglamentaria de la ley, e incluso márgenes discrecionales en el ejercicio del poder público, así como el reconocimiento de algunas libertades sociales, económicas y culturales de etnias y comunidades rurales, ocupó 67 artículos en el texto original aprobado en 1972.

En general, estos derechos sociales van más allá de la lógica “asistencial” que vislumbró Moscote y siguió Quintero, y que, en cierto sentido, la Constitución de 1946 llevó a su límite. En lo que tienen de esencial, los derechos sociales de 1972 probarían ser más duraderos que el régimen político que los concibió, pues ellos buscan delinear un proyecto de desarrollo social acorde con la maduración política de la nación. En los derechos sociales el proyecto nacional de desarrollo encuentra su núcleo duro, pero el régimen político que formuló dichos derechos fue sólo un ropaje efímero de dicho proyecto.

Con la firma de los tratados Carter-Torrijos el 7 de septiembre de 1977 y el plebiscito que 45 días más tarde selló el acuerdo, el mando militar hubo agotado su propia justificación. Así, esta “dictadura militar constitucional” comenzó a introducir los primeros cambios con las reformas constitucionales de 1978. Los objetivos de dichas modificaciones fueron fundamentalmente dos, a saber: insertar una muy dosificada participación de la oposición en el órgano legislativo, y restablecer el sufragio directo del presidente de la República. El primero de estos objetivos consistió en someter a sufragio popular directo un tercio de las curules del llamado Consejo Nacional de Legislación. Las elecciones se verificaron en 1980 y fue incontestable el triunfo de los partidos de oposición, pues la mayoría de dichas curules fueron ocupadas por miembros de los partidos adversos al régimen. No obstante, la misma reforma había despojado al Consejo Nacional de Legislación de toda función supervisora en la aprobación del Presupuesto. Como los otros dos tercios del organismo legislativo fueron nombrados por sufragio indirecto, pues, según la reforma, le correspondía a la ANRC, órgano totalmente al servicio de los militares, el nombramiento de esta aplastante mayoría, el nuevo organismo legislativo seguía bajo el control omnímodo del régimen militar. De acuerdo con la carta reformada, la elección del presidente de la República por sufragio directo se verificaría en el siguiente torneo electoral, es decir, en 1984. Por estas razones, el periodo de 1978 a 1984 es un periodo en el que comienza el “aflojamiento” del régimen, pero al mismo tiempo es un tiempo en el que aumentan las tensiones políticas.

En la práctica, la reforma constitucional de 1978 resultó ser sólo el preludio de una transformación de mayor envergadura por venir. Con el regreso del pluralismo ideológico de los partidos políticos (que estuvieron proscritos por diez años) y el establecimiento de una prensa independiente y de oposición, el ritmo del cambio político se aceleró. La intempestiva muerte del general Omar Torrijos, en agosto de 1981, terminó de vencer las resistencias que quedaban en el propio instituto armado, que fue el que al final impulsó, de modo decisivo, el cambio constitucional de 1983, cuya naturaleza es todavía hoy materia de discusión.⁴⁶

⁴⁶ Humberto Ricord, “Las Constituciones panameñas”, *cit.*, pp. 353 y ss.

EL GRAN VIRAJE DE 1983 Y SU FRACASO

Luego de diez años de vigencia de la Constitución de 1972, el Estado panameño se encontraba con una deuda pública alta y un sector público inflado y poco eficiente, pues el nepotismo y las canonjías cobraron un alto costo en la calidad de la administración pública, lo que en cierto modo explica sus mediocres resultados. Los indudables avances (movilidad social ascendente) de la clase media, en el periodo de 1968 a 1983, habían tenido como resultado un nivel más alto de exigencias de derechos, específicamente en cuanto a servicios sociales, pero también en cuanto a participación en la toma de decisiones políticas. La idea de abrir un compás democrático estaba en los planes del mando militar, pero era una operación delicada. No está de más mencionar que la recién permitida prensa libre puso sobre el tapete las denuncias de corrupción, los malos manejos financieros, el abuso del poder, la incompetencia de las autoridades, tanto de militares como de sus aliados civiles, todo lo cual contribuyó a mermar el respaldo social que el régimen torrijista —ya sin Torrijos— pudo haber genuinamente tenido en la clase media y en el sector privado en la década anterior.

En esas condiciones tomó fuerza el repudio a la carta militarista de 1972, señalada como un obstáculo en la normalización del Estado panameño por los sectores que abogaban por el retorno a una democracia liberal representativa, un Estado de derecho, un respeto al principio de legalidad, una real independencia de jueces, etcétera. Carlos Bolívar Pedreschi (1933), un prominente abogado constitucionalista, discípulo de Moscote, nacido en la provincia de Coclé, catedrático de derecho constitucional en un importante centro católico de estudios universitarios, fue quien articuló las exigencias de los sectores de oposición e hizo énfasis en que el regreso de la República a la normalidad del Estado constitucional requería reemplazar la Constitución de 1972, pero que dicho reemplazo no exigía la convocatoria a una asamblea constituyente, pues de lo que se trataba era de modificar la Constitución por cualquier medio idóneo, aunque fuese extraconstitucional.⁴⁷

⁴⁷ Carlos Bolívar Pedreschi, “Asamblea Constituyente y realidad nacional (1980)”, en Carlos Bolívar Pedreschi, *Panamá. Visión geopolítica y testimonial de su drama*,

La crítica de Pedreschi al régimen de 1972 no aborda de modo directo el texto constitucional, y por lo tanto no se refiere a los derechos sociales. No obstante, vale la pena traer a colación las opiniones vertidas por Pedreschi en su tesis de licenciatura en 1957, trabajo que dedicó al estudio de la obra de Moscote, entonces recientemente fallecido. El último capítulo de dicha obra versa, justamente, sobre los derechos sociales. Luego de analizar la normativa establecida por las Constituciones de 1941 y 1946, y atribuirle a Moscote la originalidad de las ideas en la primera, y la calidad de la ordenación y formulación en la segunda, Pedreschi llega a la conclusión de que “no queda un solo aspecto de los Derechos Sociales sin constitucionalizar”.⁴⁸ La tarea que tiene el Estado panameño por delante es ahora la de desarrollar los preceptos constitucionales en el terreno de la legislación, pues sin ella carecerán de una realidad práctica y no se habrán realizado las aspiraciones de su maestro.

Podemos conjeturar, entonces, que para Pedreschi el considerable aumento de 43 a 67 artículos que experimenta la regulación de los derechos sociales, al comparar las Constituciones de 1946 y 1972, no constituye una innovación constitucional digna de encomio. El tono de su discurso contra el régimen militar implica una posición de crítica y rechazo hacia las innovaciones introducidas en el título III, pues además de descalificar la manera como los militares conducían la vida política y constitucional de la nación, denuncia la incapacidad del régimen de crear un nuevo “sistema económico-social”. Para Pedreschi, uno de los efectos del golpe de Estado consistió en que el gobierno se embarcó:

en una suerte de política populista, altisonante, e incoherente, política ésta que, como es conocido, no termina creando ningún nuevo sistema económico-social, sino apenas empobreciendo y anarquizando el sistema económico-social que encuentra. Las promesas de cambios revolucionarios no rebasan, pues, los típicos niveles de un populismo política y económicamente ocioso.⁴⁹

Panamá, 1993, pp. 231-248. Véase también el detallado análisis de César Quintero en su ensayo “Antecedentes y significado...”, *cit.*, pp. 89-96.

⁴⁸ Carlos Bolívar Pedreschi, *El pensamiento constitucional de Moscote*, Panamá, 1979, p. 198.

⁴⁹ Carlos Bolívar Pedreschi, *op. cit.*, p. 235.

En 1982 accedió a la jefatura de la Guardia Nacional el general Rubén Darío Paredes (1934), quien propuso un viraje inesperado como respuesta a las crecientes tensiones políticas y sociales que experimentaba el país, con el plan ulterior de acceder al solio presidencial en el torneo de 1984. Así, el 19 de noviembre de 1982, por instrucciones de la Comandancia, el Ejecutivo creó la Comisión Revisora de la Constitución, integrada por 16 miembros, en su mayoría abogados, y presidida por Jorge Fábrega Ponce (1922), a la sazón presidente del Colegio Nacional de Abogados. Fábrega Ponce había fungido como único magistrado suplente para los integrantes de la Corte Suprema de Justicia, en total nueve miembros, designados todos por el general Torrijos en octubre de 1972 por un periodo de diez años. Aunque la relación de Fábrega con el nuevo régimen era de larga data, pues se había desempeñado como asesor del proceso de elaboración del Código del Trabajo de 1971, su participación en la Comisión de 1982 fue en calidad de “independiente”, ya que no tenía militancia conocida en ningún partido de oposición o de gobierno. Profesor universitario y dedicado jurista, oriundo de la provincia de Veraguas, el nombre de Jorge Fábrega Ponce estaba asociado a la amplia variedad de publicaciones con las que había contribuido en los campos del derecho civil, procesal y laboral.

En esta comisión de gran trascendencia, Fábrega estuvo acompañado por otros dos abogados independientes. Uno de ellos fue Carlos Bolívar Pedreschi, cuyos estudios de doctorado en la Universidad Central de Madrid habían culminado en 1965 con una excelente obra sobre el control constitucional en Panamá. Como ya hemos visto, desde mediados de los setenta, Pedreschi estuvo muy activo dictando conferencias a públicos de oposición en los que insistía en la incapacidad de los militares y sus aliados civiles de administrar los crecientes conflictos políticos y sociales que se suscitaban en el país. Aunque crítico de los partidos políticos tradicionales, que con su incapacidad causaron el declive de la democracia liberal, Pedreschi abogaba por la democratización de las instituciones por medio de un cambio constitucional. Al igual que César Quintero, Pedreschi se opuso a la aprobación de los Tratados del Canal en el plebiscito de 1977. En términos políticos, Carlos Bolívar Pedreschi, a través de sus escritos cortos, que se publicaban en la prensa de oposición o se editaban en forma de folletos, se convirtió en una

de las voces más autorizadas en la lucha contra la dictadura militar. Su credo ideológico puede catalogarse como de un liberalismo social que aprendió de su maestro Moscote. Activista del movimiento de lucha contra la dictadura, no fue militante de ningún partido y mantuvo en todo momento un discurso democrático y liberal desde una visión realista del momento histórico que vivía la sociedad panameña.

El tercer miembro independiente en la Comisión Revisora fue Humberto Ricord, a la sazón decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Panamá y asesor político del naciente Partido Nacionalista Popular, el cual se originó en el movimiento universitario de finales de los años setenta y que luego impulsaría la candidatura presidencial del general Rubén Darío Paredes en las elecciones de 1984. Ricord había participado en el movimiento Frente Patriótico de la Juventud, en los años cuarenta, a la par de César Quintero, pero su credo político se encontraba a la izquierda del colega constitucionalista. Ricord conoció el movimiento obrero de cerca, y fungió como su asesor en conflictos importantes en las zonas bananeras en la década del sesenta. Posteriormente, se especializó en derecho social en México y fue director del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho, antes de convertirse en su decano (1980-1984). Como autor, Ricord fue un ensayista de reconocidos quilates, pues obtuvo el Premio Nacional de Ensayo por una obra sobre la Guerra de los Mil Días. Junto a César Quintero, participó en los congresos y publicaciones del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional durante los setenta y ochenta. Además de utilizar el método del materialismo histórico en sus análisis de las Constituciones panameñas y los conflictos políticos y sociales que marcaron la historia del país, Ricord también elaboró sofisticados análisis de la obra de Karl Marx. A diferencia de Pedreschi, que prefirió ausentarse de los debates de la Comisión y que por lo tanto no jugó un rol en la fragua del nuevo diseño constitucional, Ricord, designado vicepresidente del organismo, fue probablemente uno de los juristas más influyentes en el producto final que la Comisión entregó al Ejecutivo.⁵⁰

⁵⁰ Para una visión de la contribución de Humberto Ricord en distintos campos del saber véase *Anuario*, núm. 38, año XXX, 2009, del Centro de Investigación Jurídica, Panamá, 2012, pp. 13-52.

Pese a tener una matriz ideológica distinta, la valoración que hizo Ricord del régimen existente no era demasiado diferente de la de Pedreschi, pues justificó la necesidad de las reformas de 1983 por el desgreño institucional al que había conducido la dictadura. Así, decía el análisis marxista del maestro graduado en México:

El funcionamiento institucional del país estaba supeditado a la farsa jurídica dimanante de la Constitución de 1972, y vino a ser una aberración nacional, matriz de otras aberraciones, la continuidad total de la vigencia de una Carta Magna viciada en su origen, porque no fue resultado de la voluntad popular, y viciada en su contenido, porque fue expresión de una prepotencia autocrática, militarizada y antinacional.⁵¹

Para Ricord, la reforma constitucional era una necesidad institucional y política, pues el interés nacional “exigía que se hicieran los máximos esfuerzos para que la reforma constitucional no fuera una frustración colectiva más”. Mediante el decreto que creó la Comisión, el Ejecutivo le entregó a esta instancia multipartidista, con participación de independientes, el mandato de “revisar” una lista de ocho temas constitucionales, los cuales tenían que ver con la parte orgánica de la carta fundamental, es decir, con la integración y funcionamiento de los órganos del Estado. Como es de costumbre, se agregó al final un numeral para indicar que la Comisión podía revisar cualquier otro aspecto de la Constitución que estimase necesario.

El catálogo de derechos no fue mencionado de modo directo como uno de los grandes temas de la reforma en ciernes. Para algunos actores políticos adversos al régimen, la doctrina de la función social de la propiedad privada, el intervencionismo estatal en la economía y el plexo de derechos de los trabajadores debían ser reformados, pero la Comisión no hizo esta discusión. Dado el liderazgo de Fábrega y Ricord en los debates de la Comisión, es probable que cualquier intento de proponer recortes de derechos sociales, particularmente en lo que concierne a la clase trabajadora, por alguno de los integrantes de los partidos de oposición, hubiera sido desactivado inmediatamente. No está de más

⁵¹ Humberto Ricord, “Las Constituciones panameñas en el siglo XX”, *cit.*, p. 358.

recordar que si bien Ricord no fue un aliado del régimen torrijista, había valorado positivamente el título III formulado en 1972, según se deja ver en una obra académica escrita en los meses que siguieron al alumbramiento de dicha carta: “Esta Carta de Justicia Social, tan vasta y fervorosamente delineada, difícilmente podrán superarla otras Constituciones”.⁵²

En la práctica, el debate se circunscribió a hacer retornar el aparataje del gobierno a la forma republicana que tenía antes del golpe de 1968. Ricord dejó constancia de la convergencia de visiones entre los comisionados:

...la Comisión trabajó sin presiones de ninguna clase, y en términos generales, los Comisionados actuaron bajo la inspiración de intereses colectivos. Los integrantes de la Comisión se caracterizaban por sus conocimientos, cultura y conciencia patriótica. Sin estas dotes, el trabajo de la Comisión habría sido muy difícil y tal vez imposible.⁵³

La Comisión sesionó del 1o. de diciembre de 1982 al 27 de marzo de 1983, cuatro meses, al cabo de los cuales entregó al Ejecutivo el Pliego de Reformas Constitucionales. Se introdujeron 15 nuevos artículos y se reformaron 135 de los 273 existentes. El 30 de marzo, una resolución del Consejo de Gabinete dispuso la celebración de un referéndum el 24 de abril “para que los ciudadanos decidan si aprueban o no las Reformas propuestas por la Comisión Revisora”. Con el 64% de participación electoral, el voto favorable a las reformas alcanzó el 85% de los votos emitidos. Luego del trabajo de una Comisión que preparó un documento que integrara las nuevas normas con las no reformadas, el 12 de mayo de 1983 el presidente de la República dictó una resolución adoptando el texto único de la carta fundamental reformada con el peculiar nombre de *Constitución Política de la República de Panamá de 1972, Reformada por los Actos Reformatorios de 1978 y el Acto Constitucional de 1983*.⁵⁴

⁵² Citado por Oscar Vargas Velarde, “La evolución constitucional en el Panamá republicano...”, *cit.*, p. 126.

⁵³ *Ibidem*, p. 359.

⁵⁴ César Quintero, “Antecedentes y significado...”, *cit.*, pp. 96-99.

Desde el primer momento, los juristas debatieron sobre si se trataba de una nueva carta constitucional, o si era la vieja carta con un nuevo disfraz. Ricord muestra al respecto una aparente contradicción entre su testimonio como comisionado y su valoración como jurista, pues, por una parte, nos dice que:

Para todos los comisionados fue muy evidente que no se les había encomendado que redactaran, en forma íntegra, un nuevo texto constitucional, sino que su misión consistía en reformar ampliamente la Carta de 1972, para que el pueblo panameño dispusiera de un régimen jurídico formal democrático, y esos comisionados cumplieron con gran prudencia ciudadana la delicada función que los convertía en verdaderos constituyentes.⁵⁵

En el mismo ensayo, Ricord sostiene luego una tesis diferente y opina que la Comisión de Reformas Constitucionales hizo “en el fondo y en la forma” una nueva Constitución. Lo hizo, según la percepción del jurista, “sin proclamarlo en su texto y sin decirlo por boca de los comisionados, sin las conmociones, sin las incertidumbre e inestabilidades que surgen cuando se elige formalmente una Asamblea Constituyente, para que redacte una «nueva» Constitución, que jamás lo será en su contenido”.⁵⁶

Secundino Torres Gudiño, un laboralista y penalista pro régimen, consideró que la esencia de la Constitución de 1972 perduraba tras su reforma de 1983 y menciona, entre los cambios que constituyen un avance, la ampliación de los derechos fundamentales, pues las reformas habían introducido la presunción de inocencia y el derecho a la asistencia legal del detenido, así como un régimen ecológico en materia de derechos sociales.⁵⁷

César Quintero, por su parte, estuvo sólo parcialmente de acuerdo con Ricord. En un ensayo publicado en 1992, el constitucionalista liberal lo explicó así:

⁵⁵ Humberto Ricord, “Las Constituciones panameñas en el siglo XX...”, *cit.*, p. 360.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 364.

⁵⁷ Secundino Torres Gudiño, “Examen panorámico de la Constitución de 1972 y las reformas de 1983”, en Jorge Fábrega (comp.), *Estudios de derecho...*, *cit.*, pp. 173-187.

...los revisores de 1983 no se circunscribieron, como hemos indicado, a reformar la anti-democrática Carta de 1972, sino que produjeron nada menos que una nueva Constitución basada en doctrinas y estructuras contrapuestas a las que servían de soporte a aquella cuya parcial modificación les había sido encomendada. Lo cierto es que los reformadores del 83, en su mayoría hombres de derecho, incurrieron en la ilusión de creer que sustituyendo el represivo Código de 1972 advendría un sistema civilista, representativo y democrático. Olvidaron que los militares seguían monopolizando el poder y que no estaban dispuestos a dejarlo.⁵⁸

Una manera de razonar este debate en torno a la naturaleza de la reforma constitucional de 1983 busca identificar el criterio que permite distinguir el efecto de novación constitucional. En el caso de Torres Gudiño, pareciera que es el examen de la parte dogmática de la Constitución el que permite colegir si se ha alterado la estructura básica de la carta fundamental. Es decir, la identidad de una Constitución radica en los derechos protegidos que conforman su núcleo. Si estos derechos varían sustancialmente, se habrá alterado la esencia de la Constitución. Quintero y Ricord, por el contrario, parecen inclinarse por el examen de la parte orgánica como el criterio definidor de la identidad de la Constitución. En esta hipótesis, es fundamentalmente la configuración de la representación política y sus relaciones con el Ejecutivo lo que nos dirá si se trata o no de una nueva Constitución.

Está fuera de toda duda que si aplicamos el primer criterio llegaremos a la conclusión de que las reformas de 1983 continúan y mejoran la labor del Constituyente de 1972, pues el título III reformado mantiene todas las innovaciones de la carta militarista y les agrega otras que van en el mismo sentido. Es justo considerarla entonces como la carta de 1972 reformada. Por el contrario, si se adopta la hipótesis segunda, es decir, que es la estructura de la representación política lo que define la identidad constitucional, tendremos que llegar a la conclusión de que las reformas de 1983 hicieron que la Constitución autocrática y militarista de 1983 “mutara” hacia un modelo de democracia liberal

⁵⁸ César Quintero, “El sistema constitucional panameño”, en Domingo García Belaúnde *et al.* (coords.), *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid, 1992, pp. 637-664.

y representativa muy similar a la que imperaba en el istmo antes del golpe de Estado de 1968. Como bien lo advirtió César Quintero, en la práctica esta mutación no se dio, pues los militares mantuvieron el control de las decisiones políticas y exacerbaron su conducta violenta y violatoria de la Constitución que el mismo instituto militar —pero con un mando diferente— había impulsado.

En materia de derechos sociales, los cambios introducidos en 1983 se encuentran en dos áreas específicamente. Dichas áreas son educación (capítulo 5) y el llamado “Régimen ecológico”, al que se le dedica todo un nuevo capítulo. Sobre educación hay tres aspectos que deben ser destacados en los nuevos contenidos que nos trae la reforma de los viejos artículos 86, 87 y 88, y que ahora se nos plantea en cuatro artículos, a saber: 87, 88, 89 y 90. En primer lugar, se acentúa el enfoque de derechos; así, el artículo inicial de este capítulo en la carta reformada dice: “Todos tienen el derecho a la educación y la responsabilidad de educarse”. Aunque allí mismo se dice que “el Estado organiza y dirige el servicio público de la educación nacional”, hay que hacer notar la desaparición del adverbio modal “exclusivamente” que había introducido el texto original de 1972. Se agrega ahora, además, que el Estado “garantiza a los padres de familia el derecho de participar en el proceso educativo de sus hijos”.

También en este primer párrafo se expresa una nueva fórmula para una muy concurrida discusión, esto es, el papel de la ciencia y la democracia en la educación. El texto del artículo 87 de 1972 decía:

Los panameños tienen derecho a recibir una educación democrática y científica, cuya finalidad será fomentar en el estudiante una conciencia nacional basada en el conocimiento de la historia y los problemas de la patria; en el dominio de la ciencia, la técnica y la cultura; en el hábito del trabajo; en su participación en el proceso de desarrollo económico, y en la justicia social y la solidaridad humana.

César Quintero había llamado la atención sobre el peligro de concebir la enseñanza de la democracia desde una perspectiva dogmática muy estrecha, cuando comentó sobre la expresión “doctrina democrática” empleada por la Constitución de 1946 como contenido de la educación. A juicio de Quintero, éste era un concepto inapropiado por

lo estrecho y rígido, que había sido insertado por los constituyentes del 45.⁵⁹ El nuevo texto del artículo 87, en su segundo y tercer párrafo, dice así:

La educación se basa en la ciencia, utiliza sus métodos, fomenta su crecimiento y difusión y aplica sus resultados para asegurar el desarrollo de la persona humana y de la familia, al igual que la afirmación y fortalecimiento de la Nación panameña como comunidad cultural y política.

La educación es democrática y fundada en principios de solidaridad humana y justicia social.

Cabe señalar que la fórmula introducida en 1983 se asemeja mucho más a la de la Constitución mexicana de 1917 (“La educación será democrática”) y es cónsona con el reconocimiento de la educación como un derecho de la persona, libre del dogmatismo que preocupaba a César Quintero. Como consecuencia lógica de esta apertura democrática en materia educativa, también es apropiado resaltar la eliminación del concepto “sistema único de educación”, introducido por el artículo 88 de la carta revolucionaria de 1972. Finalmente, el nuevo artículo 90 reintroduce la libertad de enseñanza, que, como vimos, había sido eliminada en 1972. Junto con la libertad de enseñanza se reconoce ahora “el derecho de crear centros docentes particulares con sujeción a la Ley”. La trascendencia de estos cambios consiste en que flexibilizan el sistema educativo para permitir una mayor iniciativa y participación de la sociedad.

La segunda área de cambios consistió en la creación de un capítulo nuevo, insertado entre los dos últimos. Así, luego del capítulo 6 aparece un capítulo denominado “Régimen ecológico”, como capítulo 7, y el último capítulo sigue siendo el “Régimen agrario”, ahora como capítulo 8. Del antiguo contenido del capítulo 6 sobre “Salud, seguridad social y asistencia social”, desaparece el último artículo (el 110) sobre “el deber del Estado de velar por la conservación de las condiciones

⁵⁹ El artículo 77 de la Constitución de 1946 decía que “La educación nacional se inspirará en la doctrina democrática y en ideales de engrandecimiento nacional y de solidaridad humana”. Véanse los comentarios de Quintero en *Derecho constitucional*, cit., pp. 340-343.

ecológicas”, pues éste es el tema que es desarrollado por la nueva sección añadida por el texto único de 1983.

El “Régimen ecológico” está integrado por cuatro artículos, a saber: el “deber del Estado de garantizar que la población viva en un ambiente sano y libre de contaminación” (artículo 114); el “deber del Estado y todos los habitantes” de propiciar un desarrollo social y económico que prevenga la contaminación del ambiente, mantenga el equilibrio ecológico, y evite la destrucción de los ecosistemas” (artículo 115); la potestad del Estado de reglamentar, fiscalizar y aplicar “oportunamente las medidas necesarias para garantizar la utilización y el aprovechamiento” de recursos naturales renovables (artículo 116), y, por último, se establece la reserva legal para proceder a la reglamentación “del aprovechamiento de los recursos naturales no renovables” (artículo 117).

El nuevo plexo de derechos sociales de 1983 comprende un total de 73 artículos (del 52 al 124), lo que evidencia una ligera ampliación del marco normativo.⁶⁰ Si bien no hay fundamento para sostener que el acto reformativo de 1983 se propuso dismantelar el Estado social fortalecido en 1972, sí cabe señalar que la reforma flexibilizó algunos aspectos del estatismo excesivo de la Constitución torrijista. Un ejemplo de las limitaciones del marco normativo de los derechos sociales aun después de la reforma del 83 lo encontramos justamente en el régimen ecológico. Las personas se transforman en *habitantes* (artículo 115), o en una *población* (artículo 114) pasiva ante un Estado que cumple una serie de deberes por medio de la expedición de leyes y la aplicación de medidas. Una notable ausencia en este abordaje constitucional de la cuestión ecológica es el derecho de participación ciudadana. Ello no es

⁶⁰ En la teoría de los derechos fundamentales se suele distinguir entre varias generaciones de derechos sociales, lo que responde a un criterio fundamentalmente histórico y no es una afirmación acerca de una estructuración jerárquica de sus contenidos. Los derechos sociales se ubican como derechos de segunda generación, en la medida en que surgieron con posterioridad a los derechos individuales del siglo XVIII. En este sentido, el derecho a un ambiente sano se entiende que pertenece a una tercera generación de derechos, pues surge con la Conferencia de Estocolmo, la llamada Cumbre de la Tierra, en 1972, esto es, mucho después de que los derechos sociales estuvieran establecidos en la mayoría de las Constituciones. Este no es el espacio para ahondar sobre este tema; baste decir que aquí los hemos considerado como parte de la lógica expansiva del catálogo de derechos.

el resultado de un olvido, sino del carácter mismo de cómo se pensó que funcionaban los derechos sociales en aquellas circunstancias —las de un país secuestrado por un mando militar autocrático, mucho después que las pretensiones revolucionarias se habían desvanecido—.

La tutela autoritaria de los derechos sociales consiste en trocar los espacios públicos en actividades dependientes de regulación estatal, con poca o ninguna capacidad de vigilancia real o supervisión por parte de los beneficiarios de dicha regulación. Dicho mecanismo no está diseñado para el régimen ecológico solamente. Es la entera Constitución la que se ha convertido en un instrumento de tutela, en donde sólo la autoridad toma las decisiones sobre qué y cómo se garantizan los derechos. En el mejor de los casos, las personas son aquí objeto de la protección estatal, la cual tiene como único sujeto al Estado. En esta relación tutelar que se configura en la carta reformada de 1983, los derechos sociales son vistos como atributos objetivos del cuerpo social, a los que no corresponde una instancia de activación ciudadana como método de realización, de vigilancia, o de control.

En cierto sentido, la reforma constitucional de 1983 se propuso establecer un país imposible: un régimen democrático tutelado por militares autocráticos. Por eso, por esta fórmula inviable cabe afirmar con Lina Vega lo siguiente:

La notoria ausencia de garantías electorales, la falta de listados en las mesas de votación, el evidente acaparamiento de los medios de comunicación social por parte del gobierno fueron —entre otros— los factores que nos llevan a concluir que el balance final del Referéndum Constitucional de abril de 1983 nos muestra un solo ganador: la Dictadura Militar. Creemos firmemente que el voto “sí” del pueblo panameño, fue el fruto del engaño. El referéndum dejó en claro que la ciudadanía quería un cambio lo más rápido posible, y que la mentira repetida lo convenció de que en esta ocasión los militares sí poseían una verdadera vocación de cambio.⁶¹

Esta fórmula inviable pudo haber tenido —en el papel— una duración más larga que la que tuvo, pues hay que convenir que desde el

⁶¹ Citada por Miguel Bernal, “Evolución constitucional desde la separación de Panamá”, en Alfredo Castillero Calvo (dir.), *Historia general de Panamá*, cit., vol. III, t. I, p. 44.

golpe del 11 de octubre de 1968 el país se acostumbró a vivir al margen de la Constitución y la ley. Con el fraude electoral de 1984 y la ola de violencia que se desató contra los opositores, el desgaste del régimen se extremó. Al haber perdido todo respaldo de la ciudadanía, era lógico que los resultados de los comicios de mayo de 1989 no pudieran ser revertidos ni siquiera por el fraude sistemático que en 1984 sirvió para burlar la decisión popular expresada en las urnas. La abismal diferencia con que vencieron los votos opositores al candidato oficialista obligó al mando militar y a sus aliados civiles a anular las elecciones de 1989. Ello marcó el principio del fin del régimen militar, pues cuando el 31 de agosto de 1989 las autoridades fraudulentamente instaladas en mayo de 1984 cumplieron el periodo de cinco años establecido por la Constitución, no había reemplazo legítimo ni constitucional. El 1o. de septiembre de 1989, el país despertó sin autoridades legítimas y volvió al punto de partida de la aventura del golpe del 68: un gobierno de facto apoyado sólo en las bayonetas. Cuando se produjo la invasión militar por parte de los Estados Unidos de América, el fatídico 20 de diciembre de 1989, hacía tiempo ya que no había legitimidad ni constitucionalidad en las acciones del régimen. Los peores apetitos de los militares terminaron por devorar el propio régimen que, con cierto ingenio, construyeron.

La vida de la Constitución de 1972, incluida la negociación infructuosa de 1983, estuvo basada en dos variantes de un mal entendido realismo político. La primera está asociada a los líderes intelectuales de la llamada “Revolución de Octubre” que redactaron una Constitución que se asemejase al máximo posible al régimen de facto existente. La “democracia” inaugurada en 1972 no tenía como referente la práctica de ciertas instituciones de gobierno, como la separación de poderes, la supremacía de la Constitución, el principio de la legalidad, entre otras. Más bien de lo que se trataba era de construir un imaginario colectivo en el que la multitud se había transformado en “poder popular” y se esperaba que las normas constitucionales reflejaran la existencia de esa pretendida realidad. La segunda variante está marcada por la derrota ideológica de 1983, que supuso bajar las velas del “proceso revolucionario” y volver a las instituciones de la democracia liberal representativa, estigmatizadas antes como formas de dominio oligárquico. Según

esta variante, mientras más amplia era la brecha entre la Constitución y la política, más progresista, y por ende más verdadera, es la acción política.⁶² Desde ese momento, para los detentadores del poder del Estado, la Constitución es una mala mezcla en la que los elementos progresistas del discurso torrijista se encuentran confundidos con los intereses estratégicos de sus enemigos políticos.

Durante el régimen militar, los derechos, en general, nunca fueron aceptados como una limitación de principio del poder del Estado. En 1988, César Quintero calificó la Constitución reformada como una “Constitución esencialmente nominal e inoperante” y dejaba abierta la interrogante de si eventualmente la Constitución adquiriría “un auténtico carácter normativo”, lo que dependería de las transformaciones nacionales venideras.⁶³ Por eso, a nuestro juicio, es erróneo mostrar las evidencias empíricas de la movilidad ascendente de la clase media como una medida del reconocimiento de derechos sociales, pues éstos más que un parámetro ordenador del poder político, fueron un elemento de relativa importancia en la retórica del intento fallido por legitimar a una fuerza autocrática en el ejercicio del poder público. La pretensión de construir una sociedad en la que se respeten los derechos sociales, al margen de una democracia representativa y en ausencia de un Estado de derecho, fue un costoso experimento que fracasó en la práctica de manera rotunda.

El 20 de diciembre de 1989, el Ejército de Estados Unidos de América invadió la República de Panamá, y en un formidable ataque destruyó simultáneamente los principales centros de mando del poder militar panameño. La nómina de oposición, claramente victoriosa en las elecciones de mayo de 1989, fue instalada en el poder, y comenzó un lento, temeroso y confuso proceso de reconstrucción de la República liberal. En medio de las ruinas, el nuevo gobierno buscó reconstruir la democracia sobre dos consabidos pilares, a saber: un sistema de partidos y una economía de mercado.

⁶² De acuerdo con Ricord, “las normas políticas de la Constitución de 1983 solo se cumplen en apariencia”, “porque el régimen ha continuado con la dualidad entre el poder real y el poder formal”; véase su ensayo “Las Constituciones panameñas del siglo XX”, *cit.*, p. 368.

⁶³ César Quintero, *Evolución constitucional de Panamá*, *cit.*, p. 74.

Tras la invasión militar estadounidense de 1989, todo cambió en Panamá, menos su Constitución formal. Sería muy largo discutir aquí el valor de instrumentos políticos como el “Estatuto de Retorno Inmediato a la Plenitud del Orden Constitucional”, expedido en enero de 1990, o la doctrina jurisprudencial del “bloque de la constitucionalidad”, formulada por una serie de fallos de la Corte Suprema en el periodo 1990-1994. En cuanto al primero, baste decir que significó un intento muy irregular y efímero de constituir un triunvirato, pero que fue eficaz en habilitar al nuevo Ejecutivo a legislar por decreto, mientras se daban una serie de acciones que permitieron reconstruir y reactivar la Asamblea Legislativa. En cuanto al rol de la Corte Suprema, sólo diremos por ahora que ejerció una forma de control constitucional *sui generis*, pues utilizó como parámetro de constitucionalidad normas no constitucionales.⁶⁴ Cabe afirmar que la normalización de la vida constitucional y política del Estado panameño fue un proceso que tomó algunos años y que tiene sus hitos importantes en la re-constitución de la Asamblea en abril de 1990, la celebración de elecciones libres y limpias para la determinación de algunas curules legislativas en 1991, la celebración del referéndum constitucional en diciembre de 1992, las reformas electorales de 1993 y las elecciones generales de 1994. Una vez que el movimiento pro constituyente de

⁶⁴ Según Arturo Hoyos, forman parte del “bloque de la constitucionalidad”: la Constitución formal, la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia constitucional, la costumbre constitucional, el reglamento interno de la Asamblea, las normas de la derogada Constitución de 1946, el Estatuto de Retorno Inmediato a la Plenitud del Orden Constitucional. Véase de este autor, *La interpretación constitucional*, Bogotá, 1993, pp. 98-106. Hoyos dedica una subsección especialmente dirigida a explicar por qué las normas de derecho internacional no forman parte del bloque de constitucionalidad (pp. 104-106). El primero en llamar la atención sobre esta deficiencia fue Sebastián Rodríguez Robles, quien, en un ensayo más bien expositivo, abogó por la inclusión de normas de derecho internacional como parte del bloque de constitucionalidad. Véase Sebastián Rodríguez Robles, “Algunas reflexiones sobre la doctrina del bloque de la constitucionalidad en Panamá”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Medellín, 1996, pp. 391-404. El primer estudio crítico de esta doctrina jurisprudencial se lo debemos a Ana Sánchez Urrutia (*El bloque de la constitucionalidad. Jurisprudencia sistematizada*, Panamá, 1997, 60 pp.). Una crítica demoledora, pero ya en un entorno constitucional cambiado, la encontramos en el ensayo de Salvador Sánchez González, *Crítica a la doctrina del bloque de la constitucionalidad*, Panamá, 2009, 58 pp.

1990 perdió fuerza, el siguiente paso lógico era, naturalmente, la reforma de la Constitución.⁶⁵

LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS HUMANOS

Un acuerdo interpartidario, gestado por medio de diálogos facilitados por Naciones Unidas, hizo posible la vuelta de la vida política a los cauces institucionales, y con ello se preparó el camino de una nueva reforma constitucional. Dicha reforma se verificó mediante el método de dos asambleas, según el cual la corporación saliente debate y aprueba uno o varios actos reformativos de la Constitución y la Asamblea que entra en funciones debate y aprueba o no dichos actos —sin la posibilidad de modificarlos—. Así, la Asamblea del periodo 1990-1994 aprobó tres actos reformativos de la Constitución. El primero, a todas luces altamente prioritario, fue el relativo a la introducción de un nuevo título constitucional mediante el cual se establecerían las instituciones que eventualmente le permitirían al Estado panameño administrar la vía interoceánica y hacer frente al compromiso institucional que la transición del canal norteamericano al canal panameño exigía. El segundo acto reformativo fue el relativo a la abolición del ejército. Dicho acto reformativo contenía, además, un número amplio de otras disposiciones de menor significación. Si bien el ejército panameño fue denominado primero Guardia Nacional en 1953, y luego Fuerzas de Defensa por una ley de 1983, la Constitución se refería a él bajo la denominación genérica de “fuerza pública”. Con la invasión de 1989, el ejército había sido militarmente derrotado, sus instalaciones arrasadas, y extinguido en todo sentido práctico. La reforma constitucional no es entonces un medio para abolir lo que en la realidad había dejado de existir, sino el gesto que sella el pacto de la clase política panameña de impedir que una fuerza similar pudiese volver a surgir en situaciones

⁶⁵ Véase Salvador Sánchez González, “La transición a la democracia en Panamá”, en *Historia general de Panamá*, El Siglo XX, vol. III, t. II, pp. 283-301. De acuerdo con el autor de este ensayo, “La transición a la democracia se completa en 1994 con la aceptación de la victoria electoral de la oposición política (algo bastante infrecuente en la historia de la República)”, p. 286.

de crisis política y social. Ambos actos reformatorios fueron aprobados por la Asamblea del periodo 1994-1999. No obstante, dicha corporación rechazó un tercer acto reformativo, cuyo único contenido era introducir la convocatoria a una asamblea constituyente paralela como método de renovación constitucional.

Como queda visto, los derechos sociales no son materia de discusión en esta coyuntura; no obstante, vale la pena mencionar aquí que a los legisladores del periodo postinvasión les pareció importante reemplazar el preámbulo de la Constitución (este aún consagraba el lirismo revolucionario del 72), pues no había sido reformado ni en 1978 ni en 1983, y claramente no respondía ya al contenido de la carta fundamental. El nuevo preámbulo constitucional de 1994 tiene como rasgo llamativo la ausencia de un sujeto constituyente, elemento acostumbrado en la construcción de esta importante pieza para la interpretación de la carta magna.⁶⁶

En lo que a los derechos sociales concierne, vale la pena señalar que al momento de enunciar los fines de la República, el preámbulo hace el siguiente listado: “fortalecer la Nación, garantizar la libertad, asegurar la democracia y la estabilidad institucional, exaltar la dignidad humana, promover la justicia social, el bienestar general y la integración regional”. Claramente, hay una serie de elementos aquí que buscan darle centralidad a los derechos, específicamente a los derechos humanos, como núcleo de la Constitución. Libertad, dignidad humana, justicia social y bienestar general son conceptos que están ligados internamente y contribuyen a guiar la interpretación y la práctica de la Constitución. La carta fundamental puede ser ahora instrumento de aplicación por un régimen de gobierno democrático y cobrar una

⁶⁶ Un estudio crítico de los preámbulos constitucionales que aboga por su valor normativo lo encontramos en el ensayo de Miguel González Marcos, “La fuerza normativa del preámbulo constitucional. Aproximaciones a la tradición constitucional panameña”, *Revista Universidad*, Panamá, IV época, núm. 49, 1993, pp. 125-160. En un trabajo posterior, Jorge Molina Mendoza se adhiere a la tesis de González Marcos, lo que es importante, pues la opinión prevalente hasta antes de la reforma del 94 era la de César Quintero, que en su *Derecho constitucional* se había expresado contrario al valor interpretativo del introito constitucional. Véase el ensayo de Jorge Molina Mendoza en la obra de Antonio Torres del Moral y Javier Tajadura Tejada (dirs.), *Los preámbulos constitucionales en Iberoamérica*, Madrid, 2001, pp. 307-319.

vigencia que no tuvo en el periodo 1972-1989. El nuevo preámbulo de 1994 ofrece una nueva perspectiva teórica desde la cual los derechos sociales pueden ser reinterpretados y reapropiados, no sólo por las autoridades, sino desde la base social misma en la que esos derechos son relevantes. Para Jorge Molina Mendoza, el nuevo preámbulo permite caracterizar a la República de Panamá como un “Estado social”.⁶⁷ No obstante, cabe admitir la objeción de que los conceptos vertidos en el nuevo preámbulo constitucional son un fundamento tenue y, seguramente, insuficiente ante los retos a que se enfrenta la realización de los derechos sociales.

Probablemente, la reconstrucción del régimen demoliberal postinvasión no bien había concluido cuando nuevamente el azote de la corrupción hizo su aparición en la vida pública panameña. En 2002 se suscitó una nueva serie de escándalos que cuestionaron la credibilidad de los tres órganos del Estado y surgió un nuevo movimiento pro constituyente. En 2003 se lanzaron varias propuestas de cambio constitucional simultáneamente: el Foro Panamá 2020 organizó una Mesa Nueva Constitución que propuso más de 200 cambios a la Constitución, pero su principal propuesta consistió en adicionar una quinta papeleta en las elecciones de 2004 para que el electorado definiera si se convocaba a una asamblea constituyente o no; la Asociación Panameña de Ejecutivos de Empresa (APEDE), por su parte, presentó un texto constitucional completo, aunque con pocos cambios significativos, y la Presidencia de la Asamblea Legislativa, sin respaldo de una mayoría de legisladores, divulgó un proyecto de carta fundamental que denominó “La Constitución del Centenario”, con el propósito de que fuera “adoptada” por el método de las dos asambleas. En este contexto, Oscar Vargas Velarde (1949), abogado laboralista y estudioso de la historia constitucional, al conocer del proyecto de “La Constitución del Centenario”, comentó que “si la Junta Directiva de la Asamblea Legislativa está auténticamente interesada en la reforma constitucional, su deber primario es propiciar que el pueblo manifieste su opinión”, pero luego, al conocer el método por el cual la presidencia de la Asamblea Legislativa planeaba reemplazar la Constitución vigente por una nueva,

⁶⁷ Jorge Molina Mendoza, *op. cit.*, p. 316.

estimó que dicho plan estaba condenado al fracaso y que la cuestión cardinal de reforma o Constituyente debía ser retomada con máxima seriedad después de las elecciones.⁶⁸ El proyecto de adicionar una quinta papeleta en las elecciones de mayo no prosperó.

En 2004 volvió a reformarse la Constitución mediante el método de dos Asambleas, sin que hubiese el trabajo preparatorio de un nuevo acuerdo interpartidario. El proyecto de acto reformativo propuesto por Martín Torrijos, entonces presidente electo, el 18 de mayo, dista mucho de la reforma aprobada en los últimos días de agosto. Entre mayo y agosto, los temas sujetos a discusión entraron y salieron de escena en forma desordenada y apresurada. Gracias a los repetidos decretos de convocatoria a sesiones extraordinarias dictados por la presidenta Mireya Moscoso, la Asamblea del periodo 1999-2004 pudo en los días finales de su mandato aprobar un acto reformativo en el que se introdujeron algunos pocos nuevos artículos y se reformaron más de 60. En esta coyuntura, el ajuste sobre aspectos muy específicos de la Constitución fue la respuesta de los partidos políticos que buscaron una alternativa de cara a las exigencias de convocatoria de una asamblea constituyente, formuladas por un movimiento de organizaciones de la sociedad civil que cobró prominencia con el planteamiento de la “quinta papeleta”.⁶⁹ Las reformas de 2004 introdujeron algunas instituciones de garantía novedosas, pero no modificaron los derechos sociales. De los más de 60 artículos reformados en 2004, aquí interesa señalar ahora dos aspectos, a saber: la inserción de un segundo párrafo en el artículo 17 y de un nuevo capítulo al final del título III sobre “Derechos y deberes individuales y sociales”. Veamos.

El artículo 17 trata de la “misión de las autoridades”, y es el primero del título III, “Derechos y deberes individuales y sociales”.⁷⁰ Tras la reforma de 2004, el texto completo de dicho artículo es el siguiente:

⁶⁸ Oscar Vargas Velarde, “La evolución constitucional en el Panamá republicano”, *cit.*, pp. 132-134.

⁶⁹ Jorge Giannareas, *La quinta papeleta. Primera parte. Escritos de combate por una nueva Constitución*, en <http://jorgian5papeleta.blogspot.com/>, y *La quinta papeleta. Segunda parte*, en <http://jorgian52.blogspot.com/>.

⁷⁰ Véase el breve e interesante análisis de Iris Díaz de Nicolás, “Actualidad normativa y jurisprudencial del artículo 17 de la Constitución”, en Salvador Sánchez González, César A. Quintero Correa..., *cit.*, pp. 175-185.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales dondequiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley.

Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona (énfasis añadido).

Con algunas variaciones que merecen un estudio aparte, este artículo se encuentra en todas las Constituciones panameñas. Desde 1972, el texto del primer párrafo se mantuvo invariable, pero su significado recibió distintas valoraciones por parte de la Corte Suprema de Justicia. Con el nuevo párrafo introducido en la reforma del 2004 cabe volver a discutir su valor normativo, es decir, si, como se ha sostenido repetidamente desde la década de los noventa, tiene un valor meramente programático, y, por ende, no vinculante, o si, por el contrario, como sostuvo la jurisprudencia de los setenta y principios de los ochenta, contiene una garantía. En menos palabras, de lo que se trata es de saber si esta cláusula protege derechos, o si, en realidad, no lo hace.

Durante los años inmediatos a la reforma de 2004, la Corte Suprema no se pronunció de forma favorable al carácter vinculante de dicha norma. En 2007, Salvador Sánchez González (1966), con una larga trayectoria como asesor parlamentario y, desde esa posición, una participación importante, pero menos visible, en los debates que hizo la cámara legislativa en 2004 durante el proceso reformatorio de la Constitución, consideró que el segundo párrafo del artículo 17 “admitiría una re-interpretación de la Corte que potencie los aspectos garantistas de la Constitución”, pues la nueva disposición “formaliza una apertura de la Constitución al enriquecimiento del catálogo de derechos fundamentales y al ejercicio de las instituciones de garantía”.⁷¹ Sánchez González concluye su breve comentario abogando porque la jurisprudencia de la Corte Suprema recupere el carácter normativo de dicha disposición. Toda vez que el escrito de Sánchez González apareció pu-

⁷¹ Salvador Sánchez González, “Apuntes sobre la historia de la guarda de la constitucionalidad en Panamá”, *Debate. Revista de la Asamblea Nacional de Panamá*, núm. 12, junio de 2007, pp. 31-34.

blicado en la revista oficial de la Asamblea Nacional, de la cual era, a la sazón, su director, cabe conjeturar que no pasó desapercibido.

A partir de 2008, la Corte Suprema ha dictado algunos fallos en procesos de amparo de garantías constitucionales y de inconstitucionalidad en los que se refiere al segundo párrafo del artículo 17 como un punto de apoyo en el examen sobre si hay lugar a la protección de derechos solicitada. En una sentencia del 21 de agosto de 2008, mediante la cual se decidió una demanda de amparo, el fallo del máximo tribunal, luego de ponderar el valor del artículo 17, llegó a la conclusión de que “con la mirada puesta en la Constitución y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos tenemos las bases sólidas de un sistema de protección de derechos y garantías fundamentales”.⁷² Jerónimo Mejía, nombrado magistrado de la Corte Suprema para el periodo 2008-2017, y autor de la ponencia transcrita y de otras posteriores que han logrado el respaldo de la mayoría en el más alto tribunal,⁷³ explicó, en un ensayo publicado en 2011, el contenido normativo de la nueva cláusula en los siguientes términos:

El segundo párrafo del artículo 17 constitucional, al ser una cláusula abierta, produce importantes efectos normativos, a saber: reconoce la existencia de derechos fundamentales fuera de la Constitución con efectos jurídicos vinculantes, ...le otorga rango constitucional a los derechos humanos reconocidos en tratados y convenios internacionales vigentes en Panamá, permite la aplicación de principios de derecho internacional sobre derechos humanos y se amplía el marco de protección de los derechos fundamentales o humanos mediante la conformación de un sistema de derechos fundamentales integrado por los derechos humanos internacionalmente reconocidos y los derechos fundamentales previstos en la Constitución, entre otros.⁷⁴

⁷² Corte Suprema de Justicia, Pleno, sentencia del 21 de agosto de 2008 en la demanda de amparo de garantías constitucionales interpuesta por Cárcamo contra el IFARHU, ponente: Jerónimo Mejía, p. 12.

⁷³ Corte Suprema de Justicia, Pleno, sentencia del 11 de octubre de 2010 en la demanda de amparo de garantías constitucionales interpuesta por Montoya contra el MOP, ponente: Jerónimo Mejía, y sentencia del 20 de mayo de 2010 en la demanda de amparo de garantías constitucionales interpuesta por Montoya contra el Lotería Nacional, ponente: Jerónimo Mejía.

⁷⁴ Jerónimo Mejía Edwards, “Estatus jurídico de los derechos humanos en el derecho interno panameño luego de las reformas constitucionales de 2004”, en Sergio

En consecuencia, la reforma constitucional de 2004, por medio del segundo párrafo agregado al artículo 17, le otorga centralidad al paradigma constitucional que se enfoca en la protección de los derechos que conciernen a la dignidad de la persona, es decir, en los derechos humanos. En este nuevo paradigma, la protección no es primordialmente una potestad del Estado, sino un derecho inherente a la dignidad de la persona. Los derechos humanos no son sólo acerca de proveer prestaciones útiles a individuos y grupos sociales. Se trata, más bien, del derecho a exigir la protección de los derechos. El sujeto de la protección es ahora la persona que exige y reclama, mientras que el Estado está obligado a dar respuestas. El Estado, en este nuevo paradigma de los derechos humanos, se refiere a los tres órganos del Estado. Sobre esto volveremos luego.

¿Cuáles son estos derechos fundamentales, *derechos que inciden en la dignidad de la persona*? No se trata de una apelación a la doctrina ética del filósofo de preferencia. Los derechos humanos están consagrados en una serie de tratados y convenciones internacionales, cuyo cumplimiento es exigible a la luz del derecho internacional público y son, por tanto, obligaciones ante la comunidad internacional de Estados. Así, entre muchos otros tratados y convenciones de derechos humanos que ha firmado y ratificado el Estado panameño, y por los cuales se encuentra obligado, está el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual fue discutido y aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. Pasó una larga década antes de que dicho tratado fuese incorporado al derecho panameño, pues no fue sino hasta 1976, cuando el régimen militar, que se preparaba para la firma de los Tratados del Canal y necesitaba dar muestras fehacientes de su adhesión a los derechos humanos, procedió a la aprobación de dichos instrumentos internacionales. Así, se convirtió en Ley 13 del 27 de octubre de 1976.

En sus considerandos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce que “con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del

ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”. Los artículos 6o., 7o. y 8o. consagran un mínimo de derechos en favor de los trabajadores; el artículo 9o. establece que la seguridad social y el seguro social son derechos de todas las personas; el artículo 10 se refiere a la protección de y asistencia a la familia, específicamente a las mujeres que trabajan, y a los niños y adolescentes respecto de la explotación económica y social; el artículo 11 invoca el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado, a la protección contra el hambre, y estatuye la obligación de los Estados de adoptar medidas y programas para mejorar la producción de alimentos y asegurar su distribución equitativa; el artículo 12 reconoce el derecho a la salud física y mental, lo que obliga al Estado a tomar medidas para reducir la mortalidad infantil, mejorar la higiene en el trabajo y en el medio ambiente, y prevenir las enfermedades y asegurar el acceso a la atención médica; el artículo 13 configura un delicado balance en el derecho de la educación que, por un lado, identifica una serie de obligaciones que el Estado debe cumplir, y por otro, resguarda las libertades de los particulares para establecer y dirigir instituciones de enseñanza; finalmente, el artículo 15 registra el derecho de las personas a participar en la cultura, a recibir los beneficios del progreso científico, a beneficiarse de los derechos inherentes a su autoría en obras científicas, literarias o artísticas, y compromete a los Estados “a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora”.

Además del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Estado panameño se hizo signatario de la Convención Americana de Derechos Humanos mediante Ley 15 del 28 de octubre 1977, que también contribuye al *cúmulo normativo sobre los derechos sociales*. El compromiso formal con el respeto a los derechos humanos figura de una manera prominente desde las primeras decisiones políticas del régimen que siguió a la invasión de 1989 que puso fin a la dictadura militar. La Ley 21 del 27 de octubre de 1992 aprobó el Protocolo Adicional a la Convención Americana (mejor conocido como Protocolo de San Salvador), en el que se reitera una buena parte de los derechos mencionados en el Pacto Internacional de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales, e incluso se amplía la protección al incluir nuevos derechos, como los que se les reconocen a los “minusválidos” y a los “ancianos” a ser protegidos en el acceso y ejercicio de sus derechos.

En conclusión, sobre este primer aspecto de la reforma de 2004 es posible afirmar que se produce nuevamente una ampliación del catálogo de derechos. Esta ampliación se da en dos sentidos, uno que podría denominarse cuantitativo y otro que es de carácter cualitativo. Un incremento en el número de derechos protegidos se ha producido en la medida en que a la regulación establecida en el título III, integrado ahora de 75 artículos, habría que añadir los derechos sociales reconocidos en instrumentos internacionales de derechos humanos y que no están mencionados en el texto constitucional. No obstante, el cambio más radical no es de número, sino de visión, pues la reforma de 2004 estableció un nuevo paradigma que obliga a integrar los derechos sociales en la perspectiva de la garantía de los derechos humanos.

El segundo aspecto de la reforma constitucional de 2004 que interesa aquí es el relativo al estatuto constitucional de la Defensoría del Pueblo, institución que había sido creada en mayo de 1997 y que forma parte importante de la adecuación de la institucionalidad panameña a los principios rectores de derechos humanos. Luego del régimen agrario, se inserta un capítulo 9, denominado “Defensoría del Pueblo”, el cual contiene sólo dos artículos. El artículo 129, párrafo primero, dice:

La Defensoría del Pueblo velará por la protección de los derechos y las garantías fundamentales consagradas en esta Constitución, *así como los previstos en los convenios internacionales de derechos humanos* y la Ley, mediante el control no jurisdiccional de los hechos, actos u omisiones de los servidores públicos y de quienes presten servicios públicos, y actuará para que ellos se respeten (énfasis añadido).

Este artículo nuevo en el entramado constitucional debe leerse *in tándem* con la disposición del párrafo segundo del artículo 17, y juntos expresan el nuevo *desiderátum* acerca de la protección de los derechos humanos como asunto constitucional de primordial importancia para la República de Panamá. Esta es, seguramente, una de las principales innovaciones de la reforma de 2004. Está claro entonces que la

Constitución panameña vigente ofrece un asidero normativo para reinterpretar el cúmulo de derechos sociales desde la perspectiva de los derechos humanos. No se trata de dos juegos de derechos distintos, los derechos sociales, por un lado, y los derechos humanos, por otro. Sí se trata de laborar en la configuración de una perspectiva integradora de los derechos de las personas, desde los marcos conceptuales ofrecidos por una visión de derechos humanos. En este contexto, es válida la observación de que la jurisprudencia y la doctrina jurídica panameña tienen un trecho importante que recorrer en el desarrollo de una interpretación constitucional que incorpore las normas sobre derechos fundamentales como parámetros de constitucionalidad, que es lo que demanda el texto vigente, y abandone las prácticas exegéticas nacidas en tiempos pretéritos, en que los derechos sociales son en realidad el resultado de una legislación que los desarrolle, y no de una vinculación de normas de jerarquía constitucional.

Para entender el modo de cumplimiento de los derechos humanos como obligaciones del Estado, es necesario recurrir a un análisis de la protección constitucional de los derechos que genera obligaciones para los tres órganos del Estado. De modo sucinto, podemos identificar roles específicos de cada uno de los órganos del Estado en atención al cumplimiento de las obligaciones internacionales adquiridas. Dichas obligaciones internacionales versan sobre la protección de los derechos de las personas, lo que abarca tanto a nacionales como a no nacionales. La primera, y de carácter más bien estratégico, es la que concierne al órgano legislativo en su función de legislar y vigilar el cumplimiento de las leyes aprobadas. El compromiso de los derechos humanos obliga a la adecuación de todo el ordenamiento jurídico a los principios y reglas establecidos en las convenciones de derechos humanos. El órgano legislativo tiene la obligación de legislar en este sentido y de vigilar que las leyes que se hayan emitido en función de este proceso de adecuación sean cumplidas y respetadas, de modo que los principios de exigibilidad y efectividad que forman parte de los derechos humanos cobren una dimensión real.⁷⁵

⁷⁵ Entre las primeras adecuaciones legislativas de la República post-invasión hay que traer a colación la Ley 7 del 27 de mayo de 1992, mediante la cual se reformó el Reglamento

El órgano ejecutivo, por su parte, no sólo está obligado a tomar medidas administrativas, sino a formular y poner en práctica políticas públicas sectoriales e intersectoriales que les den a los derechos un cumplimiento sistemático, permanente y satisfactorio “hasta el máximo de los recursos disponibles” (artículo 2o. del Pacto Internacional; artículo 1o. de la Convención Americana). El órgano judicial también está obligado a administrar justicia de modo que su interpretación de la Constitución y las leyes sea consona con los principios establecidos en los tratados y convenciones de derechos humanos, pues, como ya hemos visto, así lo manda el texto actual de la Constitución. En el Estado de derecho, que reconoce que los derechos humanos son el núcleo primordial de la protección que caracteriza a la carta fundamental, no tiene sentido elaborar un aparato conceptual para resolver conflictos jurídicos en violación de los derechos humanos. No obstante, como veremos luego, el anacronismo del planteamiento que niega el carácter vinculante de las normas sobre derechos sociales no es mera excepción a la regla. Estos anacronismos sólo podrán ser superados a través de la educación y la cultura. Entretanto, se necesitan soluciones pragmáticas a problemas que surgen cotidianamente en la administración de los conflictos, y la judicatura, como guardián de las promesas que encierran los derechos humanos, debe enfocar cómo se generan parámetros de interpretación que permitan proteger los derechos de la manera más amplia posible.

En la medida en que se den decisiones judiciales supuestamente basadas en legislaciones, prácticas administrativas o costumbres que son contrarias a los derechos humanos, o bien, se expidan leyes que atienden intereses particulares o corporativos, lesivos a los derechos inherentes a la dignidad de las personas, o bien, se administren servicios públicos y atenciones en violación de los principios de igualdad y no discriminación, o de una calidad inadecuada que no se corresponde con las expectativas inherentes a una visión de derechos humanos, se abre el espacio para el control constitucional tanto en la modalidad que protege los derechos de las personas como en la relativa a la que busca asegurar la

interno de la Asamblea Legislativa y, entre otras cosas, se creó una Comisión Permanente de Derechos Humanos.

supremacía de las normas constitucionales y de derecho internacional público que consagran los derechos fundamentales. De esto nos ocuparemos en la segunda parte de este trabajo.

El texto actual de la Constitución, como quiera que deseemos darla, está lejos de ser una estructura monolítica. A lo largo de las páginas precedentes nos hemos esforzado en demostrar que los derechos sociales son un resultado histórico que responde a distintas visiones del Estado y de las personas, y negocia la relación entre uno y otras de modo muy diferente. Quizá sea útil mirar el texto constitucional como una formación geológica en la que se pueden discernir varias “capas” bajo su actual superficie. Si se pudiera hacer un corte transversal del cúmulo de disposiciones que hoy se agrupan como derechos sociales, se haría visible un viejo manto del autoritarismo conservador, con el que despuntaron algunas cuestiones de derecho social que normalmente se traducían en deberes individuales, según un discurso moral de la primera mitad del siglo. Encima encontramos una formación posterior que consiste en un conjunto tan diverso como brillante de derechos provenientes de una mentalidad social, según el cual la realización de los derechos de la persona es la realización de los deberes de la comunidad. Esta capa se mezcla a menudo con un manto de un matiz muy diferente, pues consiste en una larga lista de prestaciones que responden a una visión estatista de la economía, no carente de excesos autoritarios. Finalmente, aparece el tenue barniz del derecho a tener derechos, que es el resultado de la mirada del Estado democrático y constitucional que entiende su compromiso con la garantía de los derechos humanos.

Sólo dejamos consignado aquí, sin entrar en mayores explicaciones, que el Estado democrático y constitucional de derecho entraña un proceso largo de educación y cultura, y no se refiere de modo privilegiado a la adopción de un texto constitucional técnicamente avanzado. Mucho se puede avanzar en materia de reconocimiento y garantía de los derechos sociales con el imperfecto, y a veces contradictorio, instrumento con que contamos en la actualidad. Lejos de ser un frío armatoste, los derechos sociales de la Constitución actual expresan una conversación histórica imbuida de la creencia en el progreso social y la pasión por el cambio, que no está exenta tampoco de violencias y silencios, cuya disección sería necesaria emprender en otro trabajo. Más nos

interesa ahora darle una mirada a otro proceso histórico concomitante y absolutamente relevante para entender la vigencia de los derechos sociales. Ese otro proceso histórico tiene que ver con la migración de las bases del derecho constitucional hacia una interpretación capaz de enfocar la protección de los derechos fundamentales, entre los cuales están lógicamente incluidos los derechos sociales, desde la administración de justicia.

SEGUNDA PARTE. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES

En esta segunda parte se estudiarán los instrumentos procesales para la protección de los derechos sociales, las barreras jurisprudenciales y legislativas que dificultan el ejercicio de su tutela, al igual que las posibles vías de optimización mediante el control de convencionalidad armonizante de nuestro derecho interno respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

SÍNTESIS HISTÓRICA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL IMPERANTE EN PANAMÁ

La justicia constitucional panameña, para su adecuado estudio y comprensión, puede ser clasificada en varios periodos: *a*) una primera época que data de 1904 a 1915; *b*) una etapa que inicia en 1916 y culmina en 1936; *c*) un brevísimo momento que va de 1937 a 1940; *d*) un segmento que surge con la Constitución de 1941 y concluye en 1945; *e*) el estadio de 1946 a 1955; *f*) una fase que arranca en 1956 y termina en 1971; *g*) un lapso que inicia en 1972 y finaliza en 1986; *h*) un periodo que va de 1987 a 1989; *i*) un ciclo de 1990 hasta nuestros días.

La Constitución de 1904, como se indicó, fue el primer estatuto fundamental de la era republicana, y éste siguió el modelo de la colombiana de 1886⁷⁶. En ese contexto, la carta constitucional de 1904

⁷⁶ En la Colombia del siglo XIX, a nivel constitucional y legal, pueden encontrarse diversos antecedentes constitucionales y legales que permitirían delinear un incipiente conjunto de garantías enderezadas a afirmar la prevalencia de la Constitución —entre otras referencias baste recordar que la Constitución de 1886 confiaba a la Corte Suprema

únicamente consagró, en su artículo 24, *la garantía constitucional de la libertad ambulatoria* y, en el artículo 105 párrafo 2, *el control constitucional preventivo de proyectos leyes dictados por la Asamblea Nacional, vetados* por el presidente de la República. Por su parte, la Ley 2 del 25 de septiembre de 1908 desarrolló el referido artículo 24 de la Constitución denominando “mandamiento de *hábeas corpus*” a la tradicional garantía de la libertad personal.

Durante los primeros quince años del siglo XX, la jurisdicción constitucional panameña contenía, por virtud de su primera carta constitucional, solamente los dos mecanismos o instituciones de garantías a los que nos hemos referido en el párrafo anterior. Por consiguiente, en esta *primera época* de la justicia constitucional, podemos afirmar la existencia de un *control constitucional muy limitado; centralizado en la Corte Suprema de Justicia*⁷⁷ *para la justicia constitucional objetiva o nomofiláctica, y descentralizado para la subjetiva u homofiláctica*;⁷⁸ este es, pues, el *punto de partida* de la historia de la justicia constitucional patria.

Es importante destacar que mientras que en Colombia con la reforma constitucional producida por el Acto Legislativo 3 del 31 de octubre de 1910, durante la presidencia del doctor Carlos E. Restrepo R., existía un *sistema de control constitucional mixto*,⁷⁹ en la recién es-

de Justicia la función de decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley objetados por el gobierno—; la reforma constitucional de 1910 (Acto Legislativo núm. 3 de 1910, artículo 41) introdujo en Colombia un completo sistema de control de constitucionalidad, el cual se radicó en cabeza de la Corte Suprema de Justicia. A dicho control quedaron sometidos los proyectos de ley objetados por el gobierno, así como las leyes o decretos demandados por cualquier ciudadano por la vía de la acción de inconstitucionalidad. La Corte Suprema de Justicia debía adoptar la decisión de fondo mediante sentencia que tenía carácter definitivo. *Cfr.* Eduardo Cifuentes Muñoz, “La jurisdicción constitucional en Colombia”, *Revista Idus et Praxis*, Talca, Chile, vol. 8, núm. 1, 2002.

⁷⁷ La Corte Suprema de Justicia, que sustituía a la Corte de Justicia estructurada sobre el antiguo Tribunal Superior, estaría integrada por cinco magistrados nombrados por el presidente de la República por un periodo de cuatro años, y por cinco suplentes, también designados por el presidente de la República, pero para un periodo de dos años (artículo 73, numerales 17 y 91). También se preveía que el nombramiento de los magistrados y jueces de la jurisdicción ordinaria sería hecho por la corte, tribunal o juez inmediatamente superior en jerarquía (artículo 92). *Idem*.

⁷⁸ Véase el apartado “La introducción del amparo de garantías constitucionales en 1941 y su evolución”.

⁷⁹ Aparte de la atribución relativa a la calificación constitucional de las objeciones presidenciales formuladas a los proyectos de ley, la reforma consagró la acción pública

trenada nación istmeña, en cambio, con la expedición de los códigos civil y judicial, en 1916 y 1917, se inicia una *segunda etapa* de evolución de la jurisdicción constitucional al establecerse un *sistema difuso* de la constitucionalidad de las normas jurídicas, a imagen y semejanza de la *judicial review of legislation* angloamericana, que tiene su antecedente en el célebre caso *Marbury vs. Madison*⁸⁰ dictado por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en 1803. La adopción del sistema difuso en Panamá se fundamentó en los artículos 12, 15 y 35 del Código Civil, y en el artículo 4o. del Código Judicial. No obstante, este modelo en el que cualquier juez podía *desaplicar* por inconstitucional una norma jurídica en un proceso sometido a su conocimiento, *no produjo los resultados esperados*. Para fines de la década del treinta, bajo la presidencia del doctor Juan Demóstenes Arosemena, la Asamblea Nacional dictó la Ley 24 del 27 de enero de 1937,⁸¹ que da inicio a un *tercer momento evolutivo*, al instituir un especialísimo mecanismo: *la casación en materia constitucional*, que duró apenas cuatro años. El mencionado medio de impugnación se instituyó en la sección séptima del capítulo primero de la aludida ley, denominada “De los conflictos entre la Constitución y las leyes”. A nuestro juicio, este mecanismo tutelar de la primacía constitucional se funda con la intención de moderar o *atemperar* el *sistema difuso de constitucionalidad* de las normas jurídicas que regía en aquella época. Con la casación constitucional, a la Corte Suprema de Justicia le competía anular las sentencias y autos judiciales⁸² si se aplicaban, en ellos, preceptos jurídicos de cualquier gradación que vulneraran la Constitución. La *legitimación procesal activa* para interponer la casación constitucional correspondía al Ministerio Público y a cualquier persona hábil para comparecer en juicio,

de inconstitucionalidad contra las leyes y decretos con fuerza de ley demandados ante la Corte Suprema de Justicia por cualquier ciudadano por violar la Constitución. Junto a este mecanismo de control de constitucionalidad concentrado, sentó las bases del control difuso al establecer que “en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales”.

⁸⁰ U.S. Supreme Court, *Marbury vs. Madison*, 5 U.S. 137 (1803) 5 U.S. 137 (Cranch).

⁸¹ Véase *Gaceta Oficial*, núm. 7479, 13 de febrero de 1937, p. 26.

⁸² Los autos o resoluciones judiciales que no decidían el fondo del asunto podrían ser objeto del recurso de casación constitucional cuando resolvían cuestiones incidentales como los llamados “artículos de excepciones”, terminología contenida en la citada Ley 24 del 27 de enero de 1937.

tal como lo dispuso el artículo 53 de la citada Ley núm. 24 de 27 de enero de 1937.

Este medio impugnativo especial es el único que en la evolución constitucional de nuestro país puede llamarse, de acuerdo con una concepción procesal estricta, *recurso extraordinario en materia constitucional*, pues los que se instituyeron con posterioridad son verdaderas *acciones o incidentes* de naturaleza constitucional.

La *fisonomía actual* de la jurisdicción constitucional panameña comienza a perfilarse con la Constitución de 1941, este acontecimiento nos conduce a fijar aquí su *cuarta fase de desarrollo*. La Constitución no solamente consagró, por vez primera, un catálogo de derechos sociales; como expresamos anteriormente, estableció, además, la guarda de la constitucionalidad de las normas y actos jurídicos *centralizada o concentrada* en el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, e instauró, en adición, el *amparo*⁸³ para salvaguardar los demás derechos fundamentales, ahora enriquecidos con la nueva carta social, cuyo conocimiento *descentralizado* correspondía a los restantes tribunales del Poder Judicial. Es importante destacar que esta Constitución estableció una *sistematización* de las instituciones de garantía en su título XV, y se hizo necesaria la expedición de la Ley 7 del 6 de febrero de 1941,⁸⁴ a fin de detallar los procedimientos que requerían los artículos 188 y 189 de dicho estatuto fundamental.

Vale destacar que la Constitución de 1941 designó al hábeas corpus y al amparo como recursos.⁸⁵ Debemos mencionar que el constituyente de 1941 estableció una *jurisdicción contencioso administrativa especializada*, pero dejó librada a la ley formal la posibilidad de crear un tribunal fuera del tradicional Poder Judicial, o dentro de él, para conocer y decidir el control de legalidad de los actos administrativos

⁸³ Recuérdese que la garantía para salvaguardar la libertad ambulatoria, corporal o personal existía desde la carta constitucional de 1904, aunque no se le conocía con la denominación de *hábeas corpus*.

⁸⁴ Véase *Gaceta Oficial*, núm. 8453, 14 de febrero de 1941, p. 1.

⁸⁵ Esta tendencia nominativa se mantiene en la actualidad para el amparo, tal como se aprecia de la lectura del artículo 54 de nuestra última Constitución.

subjetivos o individualizados, según se desprende de los artículos 190, 191 y 192, desarrollados posteriormente por la Ley 135 de 1943.⁸⁶

Artículo 190. Establécese la jurisdicción contencioso-administrativa para decidir sobre la legalidad o ilegalidad de los actos, resoluciones, órdenes o disposiciones de todas las autoridades administrativas, entidades políticas descentralizadas o autónomas y autoridades provinciales o municipales.

Los juicios contencioso administrativos sólo podrán ser promovidos por parte interesada, afectada o perjudicada por el acto, resolución, orden o disposición cuya ilegalidad se demande.

Artículo 191. El tribunal o juzgado que ejerza la jurisdicción contencioso-administrativa se limitará a apreciar el acto en sí mismo, revocándolo, reformándolo o confirmándolo.

La apreciación de las responsabilidades a que haya lugar en caso de que se declare la ilegalidad demandada, corresponderá a la jurisdicción judicial ordinaria.

Artículo 192. La Ley creará o designará los tribunales o juzgados a quienes deba corresponder el conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, les señalará funciones y competencia y establecerá el procedimiento que deba seguirse.

La Constitución de 1946 establece la *quinta periodización* que terminaría en 1955. Esta carta constitucional eliminó la organización y sistematización de las garantías constitucionales de tipo jurisdiccional que estaban establecidas, en un título especial, en la Constitución anterior, y desde ese momento, dichos instrumentos se encuentran dispersos en el texto fundamental.

⁸⁶ Según el jurista panameño Arturo Hoyos, “En Panamá esta jurisdicción especial llegó a existir sólo a partir de 1943, en virtud de la Ley 135 de ese año, que daba cumplimiento a lo previsto en los artículos 190, 191 y 192 de la Constitución de 1941, aunque existió un primer intento de crearla en 1920 en un proyecto de Ley que no fue aprobado por la Asamblea Legislativa. Tanto en la redacción de las normas constitucionales como en la legislación de 1943 jugó un papel importante el jurista José Dolores Moscote.

Posteriormente, la legislación se completó en 1946, una vez ya había empezado sus labores el Tribunal de los Contencioso Administrativo, cuya sesión inicial fue el 1o. de junio de 1943. Hay que señalar que las sentencias de este Tribunal podían impugnarse ante la Corte Suprema mediante el recurso de revisión, lo que le restaba independencia”. Cfr. Arturo Hoyos, *La administración ante su juez: la jurisdicción contencioso-administrativa en Panamá durante el último siglo*, en <http://www.organojudicial.gob.pa/cendoj/wp-content/blogs.dir/9-laadministracionantesujuez.pdf>.

Es importante destacar que la Constitución de 1946, trascurridos diez años de su vigencia (1956), fue objeto de reformas que cambiaron la composición de la magistratura constitucional, lo que dio vida a un *sexto periodo de transformaciones*; estas modificaciones se producen por virtud del Acto Legislativo 3 de 1956. De los originales cinco miembros principales durante los primeros cincuenta y dos años de vida republicana se aumentó el número de integrantes, totalizando nueve magistrados principales.⁸⁷ De igual manera, el artículo 167, reformado por el Acto Legislativo núm. 2 del 24 de octubre de 1956, incorporó la *advertencia de parte*.⁸⁸ En lo concerniente a la jurisdicción contencioso administrativa, ésta se insertó en el párrafo final del precitado artículo 167⁸⁹ que establecía las nuevas atribuciones de la Corte Suprema

⁸⁷ El artículo 165, tal como fue reformado, dice: “La Corte Suprema de Justicia se compondrá de nueve magistrados nombrados al tenor del ordinal 18 del artículo 144, uno cada dos años para un periodo de 18 que comenzará el primero de noviembre.

Cada principal tendrá un suplente, nombrado para el mismo periodo, que lo reemplazará en sus faltas conforme a la ley.

La vacante absoluta de un magistrado será cubierta mediante nuevo nombramiento por el resto del periodo respectivo.

La ley dividirá la Corte en Salas, formada por tres miembros permanentes y dos rotativos, entre los que habrá necesariamente una para la Civil una para la Penal y otra para lo Contencioso Administrativo; y determinará sus atribuciones”.

⁸⁸ El artículo 167, producto de la reforma dispuesta por el Acto Legislativo núm. 3 de 1956, dispuso: “Junto con sus demás atribuciones constitucionales y legales, la Corte Suprema de Justicia tendrá las siguientes: 1o. La guarda de la integridad de la Constitución, a cuyo efecto decidirá; con audiencia del Procurador General de la Nación o el Procurador Auxiliar, sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hubiere objetado el Ejecutivo como inconstitucionales por razones de fondo o de forma y sobre la inconstitucionalidad de las leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos que, por las mismas causas, impugnase ante ella cualquier persona. También decidirá la Corte sobre la exequibilidad de una reforma constitucional que objetare el Ejecutivo por no haberse ajustado su expedición a las normas de la Constitución. Cuando en un proceso *el funcionario encargado de impartir justicia* advirtiere o se lo advirtiere *alguna de las partes* que la disposición legal o reglamentaria aplicable al caso es inconstitucional, suspenderá el curso del negocio y someterá la cuestión al conocimiento del pleno de la Corte...”.

⁸⁹ “El ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre los actos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten o expidan, en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas los funcionarios y autoridades nacionales, provinciales, municipales y las entidades públicas autónomas o semi autónomas. A tal fin la Corte Suprema de Justicia, con audiencia del Procurador General de la Nación o el Procurador Auxiliar, podrá anular los actos acusados de ilegalidad; restablecer el derecho particular violado; estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las

de Justicia. El referido cambio *judicializó* la jurisdicción contencioso administrativa, orientación que se mantiene a la fecha,⁹⁰ y amplió el rango de tutela de los actos administrativos demandables. Así, con esta reforma no solamente podían acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa las personas afectadas por el acto administrativo, sino que también podía ocurrir a ella cualquier persona en ejercicio de la *acción popular* contra actos administrativos generales (reglamentos y decretos).

La Ley 46 del 24 de noviembre de 1956,⁹¹ “Sobre instituciones de garantía”, permaneció vigente durante tres décadas. La precitada legislación, de 79 artículos, contemplaba tres títulos en los que se desarrollaban el *hábeas corpus*, el *amparo de garantías constitucionales* y la *guarda de la integridad de la Constitución*. Este conjunto de preceptos normativos fue instituido a escasos treinta y siete días de promulgadas las trascendentes reformas constitucionales de 1956 que efectuaron los sustanciales cambios descritos; ambos instrumentos jurídicos entraron a regir durante el periodo presidencial de Ernesto de la Guardia Jr.

Tiempo después, ese conjunto normativo es reformado por la Ley 1 del 20 del enero de 1959.⁹² No obstante, en lo que aquí interesa, las modificaciones no afectaron en absoluto. La estructura de la justicia constitucional permaneció sin grandes cambios hasta el golpe militar

impugnadas, y pronunciarse prejudicialmente acerca del sentido y alcance del acto administrativo o le su valor legal.

Podrán acogerse a la jurisdicción contencioso-administrativa las personas afectadas por el acto, resolución, orden o disposición de que se trate; y, en ejercicio de la acción popular, cualquier persona natural o jurídica, domiciliada en el país en todo caso en que un funcionario o autoridad pública incurriere en injuria contra derecho”.

⁹⁰ La jurisdicción contencioso administrativa originalmente fue establecida en la Constitución de 1941 como un *órgano extra poder*. Sin embargo, las reformas constitucionales de 1956 incorporaron dicha jurisdicción especializada dentro del Poder Judicial. La sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia del 7 de febrero de 1992 se refiere al tema al señalar la existencia de un “sistema formal, que es de naturaleza reglada, pública y teleológica, se divide en un subsistema ordinario del que hacen parte la justicia penal, la civil, la constitucional, la laboral y el contencioso administrativo, y un subsistema especial en el que se incluyen la justicia administrativa, la agraria, la coactiva, la electoral, la arbitral y la fiscal”.

⁹¹ Véase *Gaceta Oficial*, núm. 13,117 del 6 de diciembre de 1956.

⁹² Véase *Gaceta Oficial*, núm. 17 del 22 de agosto de 1974 (reproducción).

de 1968 y la constitucionalización de dicho gobierno autocrático en 1972.

La Constitución originaria de 1972 abre un *séptimo periodo*, en el que debemos señalar que se limitó la posibilidad de las partes de formular las advertencias de incondicionalidad a “una sola vez por instancia”, con la finalidad de *racionalizar* su utilización, de la cual se abusó al emplear este *control constitucional incidental* como mecanismo *dilatatorio*. Una *octava* fase inicia hace treinta años, en 1987, cuando entró en vigencia el Código Judicial que subroga el antiguo compendio procesal, dictado en 1917. El libro IV de esta excerta derogó la Ley 46 del 24 de noviembre de 1956. Sin embargo, las nuevas disposiciones son, en sustancia, muy semejantes a las que contenía la legislación anterior, por lo que podemos afirmar que nuestra legislación procesal constitucional tiene más de *sesenta años* sin ser objeto de una revisión que permita ponerla al día, producto del notable desarrollo que el derecho procesal constitucional ha tenido en los últimos años.

Lo cierto es que en la nueva normativa se advierten algunos cambios simplemente nominales, que se refieren a aspectos doctrinales, y otros *altamente limitativos*, respecto de la acción de *amparo de garantías constitucionales*.

Con la restauración de la vida democrática, luego de veintiún años de dictadura, se expidió el Decreto de Gabinete 50 del 20 de febrero de 1990⁹³ que señala el *noveno* y último periodo en el cual todavía transitamos. El aludido Decreto de Gabinete modificó los artículos 2606 y 2611 del Código Judicial con la finalidad de eliminar las *restricciones que impedían ejercer la acción de amparo de derechos fundamentales contra decisiones jurisdiccionales*, impuestas por *la jurisprudencia del anterior régimen*.

La rigidez excesiva de nuestras cartas fundamentales, entre otros factores, han ocasionado que las *normas que regulan la justicia constitucional permanezcan estáticas por mucho tiempo*, en perjuicio de la tutela efectiva de los derechos humanos. Ha influido, de igual manera, un *Poder Judicial reticente a flexibilizar el acceso a la jurisdicción constitucional* y un *poder político* siempre dispuesto a *mediatizar o*

⁹³ Véase *Gaceta Oficial*, núm. 21,486 del 2 de marzo de 1990.

debilitar la independencia judicial. En ese contexto, podemos citar el establecimiento, en dos ocasiones, de una Sala Quinta de Garantías Constitucionales, mediante la Ley 32 del 23 de julio de 1999.⁹⁴ Esa nueva legislación aumentó de nueve a doce el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, y estableció una *sala específica* para conocer las *acciones de amparo y de hábeas corpus*, que resolvían antes las tradicionales salas de la Corte Suprema de Justicia: De lo Civil, De lo Penal y De lo Contencioso Administrativo, que conformaban el Pleno de nueve miembros. Con nueva sala —la Quinta— se le adjudicó una cuota de *las acciones directas de inconstitucionalidad, advertencias de oficio y de parte, y de la objeción de inexequibilidad* que conocían las anteriores.

La primera Sala Quinta fue creada bajo el mandato presidencial de Ernesto Pérez Balladares (1994-1999), mediante el dictado de la citada ley formal⁹⁵ de brevísima duración, posteriormente derogada por la Asamblea Legislativa.⁹⁶ El restablecimiento de la Sala Quinta acontece durante la presidencia de Ricardo Martinelli Berrocal (2009-2014), a consecuencia de una polémica decisión de la Corte Suprema de Justicia que decretó la *reviviscencia* de la legislación derogada;⁹⁷ esta Sala Quinta no entró siquiera en funciones, como secuela o resultado de manifestaciones y revueltas populares que se oponían a su establecimiento.

En esta etapa también debe recordarse la creación de nuevas instituciones de justicia constitucional por virtud de la ley formal. Es el

⁹⁴ Publicada en *Gaceta Oficial*, núm. 23,848 del 26 de julio de 1999.

⁹⁵ Véase la Ley 32 del 23 de julio de 1999.

⁹⁶ La Ley 32 del 23 de julio de 1999 fue derogada por la Ley 49 del 24 de octubre de 1999.

⁹⁷ A su vez, esta última ley que eliminó la Sala Quinta fue declarada inconstitucional mediante sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia del 25 de enero de 2011 que decretó la *reviviscencia* de la Sala V de Garantías Constitucionales: “Conforme a lo que determina y establece el artículo 203 de la Constitución Política, el Órgano Legislativo puede crear nuevas Salas en la Corte a razón de tres Magistrados por cada Sala, pero no está facultado para suprimir cualquiera de las Salas —todas han sido creadas por Ley— ni tampoco dejar sin efecto los nombramientos de los Magistrados que la integran. Por ello, la Ley núm. 49 de 24 de octubre de 1999, que apunta a la supresión y eliminación de la Sala Quinta de Instituciones de Garantía y a dejar sin efecto los cargos de los tres Magistrados, vulnera directamente lo establecido en el artículo 203 de la Constitución Política”.

caso del *hábeas data* que fue establecido originalmente en Panamá mediante la Ley núm. 6 del 22 de enero de 2002,⁹⁸ “Que dicta normas para la transparencia en la gestión pública, establece la acción de *hábeas data* y dicta otras disposiciones”, y de la *acción de tutela del derecho a la honra*, instaurada en el artículo 3o. de la Ley núm. 22 del 29 de junio de 2005.⁹⁹ Este nuevo mecanismo protector de este específico derecho “se tramitará y sustanciará en igual forma que el Amparo de Garantías Constitucionales, sin formalismos excesivos”.

Las últimas reformas a la Constitución Política de la República de Panamá datan del 15 de noviembre de 2004.¹⁰⁰ En lo que respecta al derecho procesal constitucional, se instauraron las siguientes instituciones y dispositivos: a) reglas para interpretación y aplicación de los derechos y garantías constitucionales: “Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona” (parte final del artículo 17); b) las modalidades preventiva y reparadora del *hábeas corpus* (artículo 23); c) la extensión o aplicación del debido proceso a las causas administrativas (artículo 32), y d) la acción de *hábeas data* en sus modalidades propia e impropia (artículo 44).

En la actualidad, la mayoría de los *modestos progresos y los frecuentes retrocesos*¹⁰¹ en nuestro sistema de control constitucional son producto de la jurisprudencia constitucional.

NATURALEZA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN LA REPÚBLICA DE PANAMÁ

La justicia constitucional panameña se divide en dos parcelas o sectores bien definidos. Por una parte, tenemos la jurisdicción constitucional objetiva o *nomofiláctica* y, por otra, la jurisdicción constitucional sub-

⁹⁸ Véase *Gaceta Oficial*, núm. 24,476 del 23 de enero de 2002.

⁹⁹ Véase *Gaceta Oficial*, núm. 25,336 del 6 de julio de 2005.

¹⁰⁰ Véase *Gaceta Oficial*, núm. 25,176 del 15 de noviembre de 2004.

¹⁰¹ Las advertencias de inconstitucionalidad (de oficio y de parte) han sido objeto de cambios jurisprudenciales que prácticamente han desactivado este control incidental de garantía constitucional.

jetiva u *homofiláctica*, clasificación pensada en destacar los propósitos o finalidades de tales controles.¹⁰²

a) *La jurisdicción constitucional objetiva o nomofiláctica* es un control constitucional *amplísimo*,¹⁰³ *no especializado*, que ejerce, de manera *exclusiva y excluyente*, el *Pleno de la Corte Suprema de Justicia* al decidir, con atributo de cosa juzgada, las pretensiones constitucionales de *fondo o forma* que se plantean mediante la *acción popular de inconstitucionalidad*, la *objeción de inexequibilidad*¹⁰⁴ y las *advertencias de*

¹⁰² Las expresiones *nomofiláctica* y *homofiláctica* para clasificar los tipos de *jurisdicción constitucional* fueron utilizadas inicialmente en Sebastián Rodríguez Robles, *Fundamentos del derecho procesal constitucional*, trabajo para optar por el título de Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad de Panamá en 1993, p. 125: “Parece lógico que como el amparo de derechos fundamentales y el *habeas corpus*, son procesos constitucionales homofilácticos o de índole subjetiva cuyo parentesco es innegable, los parámetros de competencia sean prácticamente los mismos. Estas expresiones empleadas por Sebastián Rodríguez Robles fueron a su vez influidas por la lectura de la obra de Adolfo Gelsi Bidart, *De derechos, deberes y garantías, del hombre común*, Montevideo, Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 1987, p. 194: “Según que se asigne mayor trascendencia a la «nomofilaquia constitucional» (defensa de la Carta) o a la «homofilaquia» a través de aquellas normas (defensa del hombre), podrá variar la acentuación de la tendencia del instituto”. Posteriormente, la doctrina y la jurisprudencia constitucional panameña han empleado regularmente dichas voces: Félix Wing Solís, *Revista de Direito Economico e Socioambiental*, Brasil, Curitiba, vol. 1, núm. 1, enero-junio de 2010, pp. 149-182. En Panamá, el control constitucional objetivo o *nomofiláctico* se da a través de la acción pública de inconstitucionalidad, de competencia privativa del Pleno de la CSJ, que puede ser ejercitada contra “leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos... por razones de fondo o de forma”. “El control constitucional subjetivo u *homofiláctico* se da principalmente a través de la acción de amparo, que puede ser ejercitada por la persona afectada por una orden de hacer o de no hacer dictada por un funcionario público...”, y cuyo conocimiento es de competencia de los juzgados de circuito del ramo civil, los tribunales superiores de distrito judicial del mismo ramo, o el Pleno de la CSJ, según la jurisdicción territorial de la autoridad que dictó la orden.

¹⁰³ “Por tanto, la Corte Suprema de Justicia puede conocer sobre la constitucionalidad de leyes, actos administrativos, actos jurisdiccionales y actos políticos dictados por el Órgano Legislativo; de decretos-leyes y decretos de gabinete, así como de resoluciones, órdenes y otros actos administrativos dictados por el Órgano Legislativo o cualquiera autoridad administrativa nacional, provincial o municipal; de sentencias u otras decisiones definitivas dictadas por cualquier tribunal judicial o especial”. César Quintero, “La jurisdicción constitucional en Panamá”, en Fábrega, Jorge, *Estudios de derecho constitucional panameño*, cit., p. 829.

¹⁰⁴ El veto presidencial provoca un control abstracto de naturaleza previa o preventiva de constitucionalidad, pues recae sobre actos legislativos en vías de formación (por vicios de fondo o de forma), es decir, proyectos de leyes y de reformas constitucionales (por

inconstitucionalidad.¹⁰⁵ Es una suerte de *justicia constitucional centralizada de naturaleza ordinaria*, pues no existe una corte o *tribunal constitucional*, como órgano *extra poder*, en el sentido kelseniano de la expresión.

En Panamá, en este ámbito, tenemos un control *abstracto*, un control *preventivo* y un control *concreto*¹⁰⁶ de las leyes y actos.¹⁰⁷ Su finalidad es eminentemente *nomofiláctica*: proteger la norma constitucional de las violaciones de fondo o de forma producidas por las normas o actos *subconstitucionales*.

Los efectos temporales de la sentencia constitucional son en este ámbito, por regla general, *constitutivos, ex nunc o hacia el futuro*. En cuanto a los *efectos expansivos de la sentencia constitucional estimativa*, las normas o actos declarados inconstitucionales quedan *abrogados*,¹⁰⁸ es decir, desaparecen del ordenamiento jurídico con efecto de cosa juzgada constitucional, según la conocida expresión contenida en el

vicios formales), lo que genera la institución denominada objeción de inexequibilidad mediante la cual el presidente de la República ostenta legitimación procesal específica. Es preciso aclarar que las llamadas objeciones por inconveniencia u oportunidad caen fuera de la justicia constitucional, pues componen un control de tipo político administrativo.

¹⁰⁵ La advertencia de inconstitucionalidad puede ser de oficio si es planteada por el funcionario encargado de impartir justicia, respecto de la norma legal o reglamentaria elegible en el caso *sub iudice*, o de parte si la formula el demandante, el demandando o un tercero dentro del proceso acerca de la disposición legal o reglamentaria aplicable al caso. El segundo párrafo del artículo 2016 de la Constitución vigente consagra que “Cuando en un proceso el funcionario público encargado de impartir justicia advirtiere o se le advirtiere alguna de las partes que la disposición legal o reglamentaria aplicable al caso es inconstitucional, someterá la cuestión al conocimiento del Pleno de la Corte, salvo que la disposición haya sido objeto de pronunciamiento por parte de ésta, y continuará el curso del negocio hasta colocarlo en estado de decidir”.

¹⁰⁶ Esta categoría de control concreto es, sin embargo, discutible, pues las advertencias de oficio y de parte son realmente incidentales y con efectos abrogatorios.

¹⁰⁷ Como puede apreciarse, el diseño de la jurisdicción constitucional objetiva o nomofiláctica es amplísimo, ya que procede contra una variedad de normas y actos, como leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos que por razones de fondo o de forma impugne ante ella cualquier persona (artículo 206 de la Constitución).

¹⁰⁸ Las sentencias pronunciadas en la jurisdicción constitucional objetiva pueden vincular *erga omnes* (a todos), o solamente poseer consecuencias *inter pars* (individuales). El alcance es generalizado siempre que la norma examinada cumpla un contenido abstracto o impersonal. En cambio, si el acto calificado de inconstitucional es de naturaleza individual o personal, el fallo emitido importará exclusivamente a los titulares de los derechos o intereses en conflicto.

artículo 206 de la Constitución: “Las decisiones de la Corte en el ejercicio de las atribuciones señaladas en este artículo son *finales, definitivas, obligatorias* y deben publicarse en la Gaceta Oficial”.¹⁰⁹

b) *La jurisdicción constitucional subjetiva u homofiláctica* es un control constitucional *no especializado* que se ejerce de manera *jerarquizada, sectorizada y distribuida* por determinados componentes del Poder Judicial¹¹⁰ en *tutela de derechos fundamentales y humanos*, mediante la resolución de pretensiones constitucionales ejercidas por vía de *acción de amparo de garantías constitucionales* (preventivos o reparadores), *habeas corpus* (reparadores, preventivos, correctivos), *habeas data* (propios e impropios) y mediante la *acción de tutela del derecho al honor*¹¹¹ (derecho de rectificación, respuesta o réplica). Es una suerte de justicia constitucional descentralizada, mas *no difusa* como explicaremos más adelante.

En este sector de la justicia constitucional tenemos un control *reparador o restitutivo*. Su finalidad es *homofiláctica*, pues tiene como eje o *radio de acción* la tutela y restablecimiento de los derechos subjetivos constitucionales de las personas. Los efectos temporales de la sentencia constitucional dictada son *declarativos, ex tunc, hacia el pasado o retrospectivos*. Desde la perspectiva procesal, la sentencia estimatoria de la pretensión tiene efectos *inter partes* y al producirse la revocación del

¹⁰⁹ La característica de cosa juzgada de las sentencias constitucionales sobre cuestiones de puro derecho abstracto se manifiesta no sólo por disposición del artículo 206, sino que lo indicado en la ley fundamental encuentra sustentación dogmática en las palabras de Couture: “La cosa juzgada pertenece a la esencia de la jurisdicción. Si el acto no adquiere real o eventualmente autoridad de cosa juzgada, no es jurisdiccional. Si un acto adquiere autoridad de cosa juzgada es jurisdiccional. No hay jurisdicción sin autoridad de cosa juzgada”.

¹¹⁰ La competencia del amparo de garantías constitucionales reside en el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en los tribunales superiores de distrito judicial del ramo civil y los juzgados de circuito del ramo civil, en atención al mando y jurisdicción territorial que ostente el servidor público demandado. Respecto al *habeas corpus*, la regla de competencia es análoga o similar; reside en el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en los tribunales superiores de distrito judicial del ramo penal y los juzgados de circuito del ramo penal y en los juzgados municipales del ramo penal, en atención al mando y jurisdicción territorial que ostente el servidor público demandado (artículos 2616 y 2611 del Código Judicial, respectivamente).

¹¹¹ Artículo 3o. de la Ley núm. 22 del 29 de junio de 2005, publicada en *Gaceta Oficial*, núm. 25,336, 7 de julio de 2005.

acto, hace cesar la amenaza del derecho afectado o restablece el vulnereado, según corresponda con efectos específicos, reiteramos, para las partes del proceso.¹¹²

Algunos reconocidos autores panameños, como Arturo Hoyos, Edgardo Molino Mola, entre otros, conciben al amparo de garantías constitucionales como “un proceso de un control constitucional sobre la efectividad de los derechos y garantías constitucionales que es de carácter *difuso*, aunque el control de la constitucionalidad sobre las leyes en Panamá está *concentrado* en el Pleno de la Corte Suprema de Justicia”.¹¹³ Esta reiterada afirmación ha conducido a buena parte de la doctrina a clasificar *erróneamente* nuestro sistema de control constitucional como un *sistema mixto*.

Como explicamos, el control constitucional objetivo en Panamá está *centralizado* en el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, y *descentralizado* respecto a la tutela de los derechos subjetivos constitucionales. Catalogar el sistema de justicia constitucional como mixto (*concentrado y, a su vez, difuso*) implica la *coexistencia o concomitancia* de los modelos *angloamericano y austriaco de justicia constitucional en un ordenamiento jurídico específico*.

Así, el *modelo angloamericano* de justicia constitucional es *incidental o indirecto*, pues tiene como presupuesto la existencia de un proceso en el cual cualquier juez (civil, penal, laboral, de familia) tiene la facultad

¹¹² Toda sentencia dictada por la jurisdicción constitucional subjetiva afectará específicamente a las partes en conflicto. En esta manifestación jurisdiccional la tutela se reduce a los derechos fundamentales que tienen, como es lógico, un destinatario definido.

¹¹³ Arturo Hoyos, “El proceso de amparo de derechos fundamentales en Panamá”, en *El derecho de amparo en el mundo*, México, Porrúa, 2006, p. 571. El reconocido constitucionalista y administrativista venezolano Allan Brewer Carías, con claridad explica la naturaleza del sistema panameño: “Ahora bien, a pesar de que algunos autores han calificado el sistema panameño de control de la constitucionalidad como un sistema mixto, en realidad no reviste dicho carácter, pues en el mismo no hay, técnicamente, ningún elemento de control difuso de control de la constitucionalidad de las leyes, que permita a cualquier juez, al decidir un caso concreto que no tiene por objeto una cuestión de inconstitucionalidad, actuar como juez constitucional”. Allan Brewer Carías, *El sistema panameño de control concentrado de la constitucionalidad en el derecho comparado*, ponencia presentada en las Segundas Jornadas de Derecho Procesal Jorge Fábrega P., celebradas en Panamá, del 30 de enero al 3 de febrero de 1995, pp. 7 y 8, <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/I.1.513.pdf>.

de *desaplicar* en el caso *sub indice* la norma que considere contraria a la Constitución.¹¹⁴ En cambio, el modelo *austriaco o concentrado* de justicia constitucional es *directo y autónomo* (se plantea mediante una acción) y, en su versión original, es ejercido por un *tribunal constitucional extra poder* con competencia exclusiva para *abrogar* la norma *sub constitucional* decretada inconstitucional; su creador, Hans Kelsen, consideró que dicha magistratura actuaba como *legislador en sentido negativo*.

LA INTRODUCCIÓN DEL AMPARO DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN 1941 Y SU EVOLUCIÓN

La acción de amparo de derechos constitucionales aparece en el constitucionalismo nacional a partir de la Constitución de 1941, con el nombre de “recurso de amparo de las garantías constitucionales”. El amparo panameño, sin bien mucho más *concreto y específico* que el mexicano, tiene su antecedente remoto en el amparo yucateco de 1841 y, sin duda, fue tomado de su posterior desarrollo (1857-1917).¹¹⁵

¹¹⁴ “Veamos pues, un poco más de cerca, esto del llamado control o sistema difuso, que a tantos ha preocupado. El término tiene ya sus años, y se empieza a usar desde los años 30, y es frecuente su uso en la doctrina hispánica desde los años sesenta (primero latinoamericana y últimamente española). Consiste esto en un calificativo que se da al sistema de control de la constitucionalidad que tiene su origen en los Estados Unidos y en donde se conoce técnicamente como revisión judicial (si así traducimos literalmente el tan usado concepto de *judicial review*). Si bien con antecedentes en la Inglaterra medieval y en las colonias norteamericanas, se plasma vez primera en 1803, en un famoso caso que lidera y redacta el Juez Marshall y se asienta, sobre todo, luego de la guerra civil norteamericana (o sea partir de 1865). Es un sistema de control de la constitucionalidad, mediante el cual, sin derogar una norma, simplemente se inaplica para el caso concreto, sin crear precedentes —salvo cuando existe toda una continuidad y reconocimiento del alto tribunal— y que es aplicado por cualquier juez, en cualquier caso, y bajo cualquier circunstancia. Este sistema de control existe todavía en los Estados Unidos y por su influencia ha pasado a otras partes del mundo...”. Domingo García Belaunde, *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, Lima, Editorial Jurídica Grijley-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sección Peruana, pp. 89 y 90.

¹¹⁵ Esta novedosa idea quedó establecida en la Constitución de Yucatán de 1841. Posteriormente, don Mariano Otero, en concordancia con las ideas de Rejón, emite un voto particular con la finalidad de crear un medio protector de la Constitución para defender al individuo contra las violaciones cometidas por cualquiera de los tres poderes federales, agregando la necesidad de crear las garantías individuales, quedando plasmadas estas ideas en el artículo 25 del Acta de Reforma de 1847, mediante la cual se establecía que cualquier habitante de la República podía ser amparado por los tribunales

El texto del artículo 189 de la carta constitucional panameña de 1941 estableció esta institución destinada a proteger, de manera *amplia*, “los derechos y garantías que esta constitución consagra”. Veamos:

Artículo 189. Toda persona contra la cual se expida o se ejecute, por cualquier funcionario público, una orden de hacer o de no hacer, que viole los derechos y garantías que esta Constitución consagra, tendrá derecho a que la orden sea revocada a petición suya o de cualquier persona.

La Ley determinará la forma de este procedimiento sumario de AMPARO DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.¹¹⁶

El recurso a que este artículo se refiere será siempre de competencia del Poder Judicial.

Precisamente, la parte dogmática de dicha Constitución, en su título III, desarrolla los “Derechos y deberes individuales y sociales”, y este mecanismo de justicia constitucional *subjetiva u homofláctica* fue originalmente pensado para asegurar tanto los *derechos individuales* como los *emergentes derechos sociales*, que surgieron con el nuevo texto de constitucional de 1941, con exclusión de la libertad corporal, que desde 1904 tenía una institución especial: *el mandamiento de hábeas corpus*.

de la Federación contra actos de los poderes Ejecutivo y Legislativo, estableciéndose, asimismo, que estos tribunales se concentrarían a conceder su protección al individuo que solicitara el amparo de la justicia federal, sin hacer declaración general respecto al acto o ley impugnada, creándose el principio de relatividad de las sentencias de amparo, conocida también como la “fórmula Otero”, la cual refiere que “La sentencia será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre que verse su queja, sin hacer una declaración general respecto a la ley o acto que la motivare”.

La Constitución de 1857, promulgada el 5 de febrero del mismo año, en su artículo lo. establecía: “El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales”.

Consecuentemente, declara que todas las leyes y todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga la Constitución, contenidas en sus primeros 29 artículos.

De la reglamentación de esta Constitución nace el juicio de amparo. La Constitución de 1917 establece como órgano de control constitucional al Poder Judicial Federal, facultándolo para modificar los actos de autoridades o leyes violatorias de garantías individuales, y dispone que a través del amparo pueden impugnarse actos o leyes de cualquiera de los tres poderes, creando así el juicio de amparo en contra, también, de resoluciones judiciales. *Cfr.* <http://www.monografias.com/trabajos47/juicio-amparo/juicio-amparo.shtml>.

¹¹⁶ Las mayúsculas están en el texto oficial de la Constitución de 1941.

Debe señalarse que, originalmente, el amparo de garantías constitucionales fue pensado como un mecanismo con las características siguientes: *a)* como una iniciativa procesal específica para proteger ampliamente *derechos individuales y sociales*; *b)* procedía contra órdenes de hacer o de no hacer¹¹⁷ de autoridades públicas;¹¹⁸ *c)* su naturaleza podía ser *preventiva o reparadora*, según la orden sea expedida (dictada) o ejecutada (materializada); *d)* la *legitimación procesal* no se circunscribía exclusivamente a la persona afectada o lesionada en sus derechos, también podría ejercitarse como una acción pública o popular al expresarse que podrá ser ejercida “a petición suya o de cualquier persona”. Ésta ha sido, desde la creación del amparo, la redacción que se ha mantenido en todos los textos de las Constituciones de 1941, 1946 y 1972, con sus reformas. Sin embargo, la jurisprudencia y la ley formal se han encargado de *confinar* la *legitimación procesal* de esta acción constitucional subjetiva, exclusivamente, en cabeza del afectado.¹¹⁹

¹¹⁷ José Dolores Moscote, padre del amparo panameño, ha señalado que la orden de hacer o no hacer “no puede ser otra cosa que el mandato emanado de una voluntad arbitraria dirigida a procurar de parte de aquella a quien se impone la ejecución o no ejecución de un acto del cual resulte disminuido con el goce de algún derecho que la Constitución le reconoce y garantiza”. José Dolores Moscote, *Instituciones de garantías*, Panamá, Editora Imprenta Nacional, 1943. En este sentido, para la más reconocida doctrina nacional, el concepto de orden de hacer o de no hacer es amplio y procede principalmente contra actos administrativos, y solamente por excepción contra actos judiciales: “Indudablemente no están exentos los *funcionarios judiciales* de ser recurridos en caso de que den órdenes de hacer o de no hacer. También ellos pueden caer en la tentación de apartarse de las pautas que les señala su grave ministerio; pero en este caso débase andar con mucho cuidado al calificar las órdenes que pueden impartir. Muchas de éstas son órdenes de hacer o de no hacer en sentido lato, de modo que apenas habrá algunas que no estén incluidas en las de esta clase. En realidad, *la mayor parte de las decisiones judiciales son verdaderas órdenes, explícitas o implícitas*. Basta, sin embargo, que ellas sean dadas en virtud de las leyes que regulan los procesos para que ya por esta sola razón se considere que no las comprende el artículo 189”: José Dolores Moscote, *Derecho constitucional panameño*, 1943, *cit.*, p. 468.

¹¹⁸ Nuestro ordenamiento constitucional no contempla el amparo de derechos fundamentales contra actos de particulares. Esta última modalidad se ha establecido en varios países latinoamericanos, como Argentina, Costa Rica, Perú, Colombia, entre otros. En este último país se le ha denominado “acción de tutela”, y procede contra servidores públicos y contra particulares.

¹¹⁹ En reiterada jurisprudencia esta Corporación de Justicia ha sostenido que la acción de amparo de garantía constitucional no es una acción popular, de allí que sólo puede ser interpuesta por la persona contra la cual se expida o ejecute una orden de hacer o no hacer que viole sus derechos individuales consagrados en la Constitución nacional, o

La eficacia del amparo panameño, *irremediabilmente*, siempre ha estado librada a una jurisprudencia constitucional, producto de interpretaciones *contra constitutionem*, que ha recortado las posibilidades de tutela de los derechos fundamentales¹²⁰ *individuales y sociales*.¹²¹

Por ejemplo, con gran precisión, el constitucionalista panameño Salvador Sánchez González, al respecto, nos dice:

También resalta la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que ha sido durante décadas reacia a reconocer eficacia directa a los derechos sociales constitucionalizados. *Los obstáculos más potentes han consistido en la negación de la normatividad de las disposiciones que los consagran, y la convicción de que no existen —o no pueden existir— instrumentos procesales idóneos para reclamar su tutela judicial. Tanto la normatividad como la justiciabilidad de los derechos sociales ha sido tradicionalmente negada por los pronunciamientos de la Corte en ejercicio de la facultad de control de constitucionalidad (Pleno), como en el ejercicio del control de legalidad, por la Sala Tercera de la Corte Suprema (de lo Contencioso Administrativo).*

En el aspecto del valor normativo de las disposiciones constitucionales que consagran derechos sociales, puede afirmarse que desde su introducción en la Constitución de 1941 se instaló en la jurisprudencia de la Corte Supre-

por quien demuestre tener un interés en la revocatoria de la orden impugnada (*Cfr.* Sentencia de amparo de garantías constitucionales del 7 de febrero de 1997, Sentencia de amparo de garantías constitucionales del 14 de mayo de 2003).

¹²⁰ Ha sido la fase de admisibilidad en la que encontramos el mayor desarrollo jurisprudencial del amparo y en la que se puede advertir una jurisprudencia más bien *restrictiva de los fines del amparo*, pues se han ensayado interpretaciones que en la mayoría de las veces constituyen obstáculos a la admisibilidad del mismo. Por ejemplo, el concepto de orden de hacer o de no hacer que se venía utilizando ha desempeñado un papel importante para declarar inadmisibles amparos en los que se impugnaban actos que no tuviesen las características de una orden de hacer, salvo aquellos casos en los se violaba el debido proceso. Otro ejemplo de jurisprudencia restrictiva tiene lugar cuando se le exige al demandante que aporte la orden original o copia autenticada de la misma y que en caso de que no la haya conseguido se le demuestre a la Corte las diligencias que evidencien el esfuerzo del mandante para obtener el original o la copia autenticada, a pesar de que el artículo 2619 del Código Judicial solamente exige que “Con la demanda se presentará la prueba de la orden impartida, si fuere posible; o manifestación expresa de no haberla podido obtener”. *Cfr.* Jerónimo Mejía Edward, “Tendencias jurisprudencias del amparo panameño”, en Salvador Sánchez González, *César A. Quintero Correa (1916-2003). Libro homenaje*, cit., p. 368.

¹²¹ Salvador Sánchez González, *Constitucionalización de los derechos sociales en Panamá*, pp. 66 y 67.

ma de Justicia la tesis del valor exclusivamente programático de las disposiciones constitucionales que los consagraban.

La doctrina de la existencia de normas programáticas aplicada a los derechos sociales vio adicionados sus efectos por la adopción simultánea de una tesis restrictiva respecto al amparo de garantías constitucionales —introducido igualmente en la Constitución de 1941— como institución limitada a la tutela de los derechos individuales.

El cambio político y jurídico que se produce en Panamá a partir del fin del régimen militar (1968-1989), en la década de los noventa del siglo XX, no incluyó un cambio positivo en esta materia.¹²²

De igual manera, la legislación formal sobre instituciones de garantía no ha constituido avances de derecho procesal constitucional, sino, al contrario, han significado restricciones al alcance de esta *acción homofiláctica*. Por ello, para hacer un diagnóstico de la institución, no podemos prescindir de un análisis *legislativo y pretoriano* de la figura.

La primera legislación que desarrolla los aspectos procesales del amparo, como ya adelantamos, fue la Ley 7 del 6 de febrero de 1941, “Por el cual se desarrollan los artículos 188 y 189 de la Constitución Nacional de 1941”, estableciendo los requisitos o presupuestos procesales para la demanda de inconstitucionalidad, las consultas de constitucionalidad y del amparo de garantías constitucionales. Como puede observarse, respecto del *amparo* y de las otras instituciones de garantía, dicha legislación se limitó a especificar los procesos y procedimientos para activar esos mecanismos, sin *retacear* el ámbito de tutela del amparo. La segunda normativa legal que desarrolla el amparo es la Ley 46 del 24 de noviembre de 1956, “Sobre instituciones de garantía”, que al igual que la primera regulación legal, detalló los aspectos procesales sin contradecir las directrices constitucionales del amparo.

El Código Judicial de 1987 constituyó la siguiente legislación que se encargó de desarrollar el amparo de garantías constitucionales. El libro IV, de esta excerta, derogó la Ley 46 del 24 de noviembre de 1956. Estas disposiciones del nuevo código procesal establecieron algunos *cerrojos normativos*¹²³ que dificultaron la efectividad del am-

¹²² *Ibidem*, p. 66.

¹²³ Entre las limitaciones del Código Judicial al amparo de garantías constitucionales tenemos, por ejemplo, la establecida en el tercer párrafo del artículo 2615: “Esta acción

paro y que, lamentablemente, *legitimaron ciertas posiciones jurisprudenciales restrictivas del amparo*. Lo anterior conduce a reiterar que nuestra legislación procesal constitucional tiene más de sesenta años sin ser objeto de una revisión integral que permita ponerla al día, producto del notable desarrollo que el derecho procesal constitucional ha tenido en los últimos años. No obstante lo afirmado debemos reconocer que, desde hace algún tiempo la jurisprudencia constitucional ha flexibilizado,¹²⁴ en parte, los rigurosos presupuestos procesales

de Amparo de Garantías Constitucionales puede ejercerse contra toda clase de acto que vulnere o lesione los derechos o garantías fundamentales que consagra la Constitución que revistan la forma de una orden de hacer o no hacer, *cuando por la gravedad e inminencia del daño que representan requieren de una revocación inmediata*". El presupuesto de la gravedad e inminencia o (urgencia) es un presupuesto procesal que dificulta la tutela o protección constitucional de los derechos fundamentales y humanos. Así las cosas, la jurisprudencia ha interpretado que luego de transcurridos tres (3) meses de haberse notificado o, de alguna manera, conocido por la víctima o afectado el acto u orden lesivo del derecho fundamental, la acción de amparo se considera prescrita.

¹²⁴ Sentencia de amparo del 13 de marzo de 2002, en la cual el Pleno de la Corte Suprema de Justicia manifestó: "...No obstante lo anterior, resulta preciso destacar que la tarea de acreditar el acatamiento de esos requisitos, no puede ocasionar la práctica procesal restrictiva de concebir la acción de amparo como una institución extremadamente formalista. La doctrina nos enseña que el amparo es un «Procedimiento de carácter jurisdiccional, extraordinario y de gran flexibilidad formal para la protección de los derechos consagrados constitucionalmente, tendientes a lograr el restablecimiento de los mismos de manera efectiva e inmediata»; Luis García Ruiz, *El recurso de amparo en el derecho español*, Madrid, Editora Nacional, Torregalindo, p. 20. El amparo constituye una figura garante de derechos fundamentales y de defensa de la jerarquía de la Constitución. Esta cualidad indica que los requisitos de procedibilidad, lejos de proyectarse como rigurosos e inflexibles, deben manejarse con prudencia y accesibilidad, porque lo contrario supondría coartar el derecho a la tutela y desconocer, por meros formalismos, la función de asegurar la supremacía de los preceptos constitucionales que consagran garantías fundamentales... En consecuencia, se puede admitir la idea que el cumplimiento de los requisitos formales del amparo, sea proporcional al acontecimiento de presupuestos evidentes y excepcionales como: 1) la gravedad de los cargos expuestos por el actor, 2) la flagrante violación de garantías fundamentales, 3) el propósito de evitar la indefensión de la parte que alega el derecho y 4) la necesidad de obtener una respuesta judicial expedita, inmediata y eficaz.

La esencia de este ejercicio jurídico no se dirige hacia la interpretación de que se deben obviar las exigencias que condicionan la admisibilidad del amparo, sino de flexibilizarlas cuando sea evidente y necesario el reconocimiento jurisdiccional del derecho frente a un acto lesivo de garantías fundamentales, lo que indudablemente evitaría restringir el ámbito de protección del amparo y aliviaría el temor fundado de colocarlo en una institución inoperante...".

de nuestro amparo.¹²⁵ Recientemente, esta interpretación favorable a los derechos fundamentales y humanos se promueve mediante una exégesis del artículo 4o. de la Constitución, del párrafo segundo del artículo 17 de la Constitución, conjuntamente con el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al referirse a la *idoneidad y efectividad* del recurso o acción destinada para proteger a las personas contra actos que violen sus derechos fundamentales.¹²⁶

LÍNEAS JURISPRUDENCIALES ACTUALES
SOBRE LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS
SOCIALES: LA INFLUENCIA DEL CASO
RICARDO BAENA VS. PANAMÁ

Los derechos sociales, como el *derecho al trabajo, a la salud, a la alimentación, a la seguridad social, a la educación o a la vivienda*, son *derechos prestacionales*¹²⁷ en sentido estricto.

¹²⁵ Bajo la ponencia del magistrado Jerónimo Mejía Edward debemos citar la sentencia de amparo de garantías constitucionales del 21 de agosto de 2008, que establece que esta acción constitucional subjetiva resulta procedente o “viable contra cualquier clase de acto que sea susceptible de infringir, lesionar, alterar, violar, desconocer derechos y garantías constitucionales previstos no sólo en la Constitución, sino en los tratados de derechos humanos vigentes en Panamá”. Cfr. Jerónimo Mejía Edward, *op. cit.*, p. 368.

¹²⁶ La efectividad supone que además de la existencia formal de los recursos, éstos den resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados, ya sea en la Convención Americana, en la Constitución o en las leyes. Es decir, el Tribunal Interamericano ha establecido que para que tal recurso efectivo exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios.

La Corte IDH ha señalado también que, en los términos del artículo 25 de la Convención Americana, es posible identificar dos obligaciones específicas del Estado. La primera, consagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven la determinación de los derechos y obligaciones de éstas. La segunda, garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por tales autoridades competentes, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos.

¹²⁷ Como recuerda nuestro insigne maestro César Quintero: “los derechos sociales no entrañan garantías de los individuos para protegerse contra la acción de las autoridades

La expresión *justiciabilidad*¹²⁸ de los derechos sociales de tipo prestacional guarda relación con la posibilidad de obtener tutela judicial por la violación de tales derechos, la cual se realiza mediante una adecuada reparación. Esta especial naturaleza prestacional de los derechos sociales suele influir significativamente en la *solución y contingencia de la reparación*.

Desde hace algunos años, se observan, en nuestra Corte Suprema de Justicia, *sutiles* líneas jurisprudenciales encaminadas a hacer *operativos y justiciables* algunos de los derechos sociales mencionados. Esa directriz está claramente influida por la sentencia del 2 de febrero de 2001, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Caso Ricardo Baena y otros vs. Panamá*)¹²⁹ que se refiere a la *justiciabilidad de los derechos laborales, por un lado y, por otro, al respeto al debido proceso en cualquier tipo de actuación judicial o administrativa* (por ejemplo, procesos administrativos sancionatorios o disciplinarios).

El caso *Ricardo Baena y otros* se origina por la denuncia del Comité Panameño por los Derechos Humanos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a la República de Panamá por el despido arbitrario de 270 empleados públicos y dirigentes sindicales que habían participado en distintas protestas contra la política gubernamental en reclamo de sus derechos laborales. El despido se produjo luego de que el gobierno endilgara a estas personas su concurrencia a manifestaciones de protesta y su participación en un intento de golpe militar. Para establecer la sanción, la Asamblea Legislativa expidió la

públicas. Por el contrario, tales derechos se traducen en prestaciones concretas a cargo del Estado y en beneficio principalmente de grupos sociales económicamente débiles. Por tanto, la realización de los derechos sociales supone necesariamente actividad e intervencionismo estatales. En virtud de tales derechos el Estado ha de proteger a las personas y sectores desvalidos, no solo contra la indiferencia y la codicia de individuos o grupos poderosos, sino también contra las inclemencias de la sociedad y de la naturaleza. Se dice, por ello, que los derechos individuales giran en torno a la idea de *libertad para todos los individuos*; al paso que los derechos sociales responden al concepto de *justicia social* para los económicamente necesitados”.

¹²⁸ El término “justiciabilidad” significa que las víctimas de violaciones de estos derechos tienen la posibilidad de acudir ante un órgano imparcial e independiente para solicitar una reparación adecuada si se prueba que ha ocurrido una violación, o que es probable que haya ocurrido, y para obtener la reparación exigida.

¹²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, sentencia del 2 de febrero de 2001 (fondo, reparaciones y costas).

Ley 25 del 14 de diciembre de 1990,¹³⁰ “Por la cual se adoptan medidas en las entidades gubernamentales tendientes a proteger la Democracia y el Orden Constitucional”, la cual fue dictada con posterioridad a los hechos, y estableció que la tramitación de los juicios que iniciaran los trabajadores, a raíz de los despidos, se llevaría a cabo en la jurisdicción contencioso-administrativa y no en la del trabajo, tal como prescribía la legislación vigente. Además, todos sus reclamos ante la Corte Suprema de Panamá fueron desestimados. Desaprovechado el procedimiento ante la CIDH, ésta presentó el caso en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta última declaró que el Estado de Panamá había violado *los derechos a la libertad de asociación, a las garantías judiciales y a la protección judicial y los principios de legalidad y de irretroactividad de la ley* en perjuicio de los 270 trabajadores. La Corte estableció que las garantías mínimas del debido proceso, contempladas en el artículo 8o., numeral 2, de la Convención Americana de Derechos Humanos, deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas. Por ello, decidió que el Estado debía reintegrar en sus cargos a los trabajadores y pagarles los montos correspondientes a los salarios caídos.¹³¹

Así las cosas, un examen de la *jurisprudencia panameña* en materia de *amparo de garantías constitucionales*, al igual que la emanada de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, al resolver demandas contencioso administrativas de plena jurisdicción o de restablecimiento de derechos humanos, permite sostener que en varias oportunidades nuestros jueces han citado estos pasajes del fallo *Ricardo Baena y otros vs. República de Panamá* como fundamento de la *necesidad de una decisión motivada como un elemento mínimo indispensable para la garantía del derecho al debido proceso y para la tutela judicial efectiva, al igual que para la justiciabilidad de derechos laborales de servidores públicos destituidos por la administración pública*.¹³² Veamos:

¹³⁰ Publicada en *Gaceta Oficial*, núm. 21,687, 17 de diciembre de 1990.

¹³¹ Véase <https://www.escri-net.org/es/caselaw/2006/baena-ricardo-y-otros-270-trabajadores-vs-panama>.

¹³² Sentencia de amparo de garantías constitucionales del 3 de julio de 2014, expedido por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia: “Tomando en consideración que la

En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, *la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos*. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. *Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso*. (Cfr. *Caso Baena y otros vs. Panamá*, párr. 126).

...restablecer en sus cargos a las víctimas que se encuentran con vida y, si esto no fuera posible, brindarles alternativas de empleo que respeten las condiciones, salarios y remuneraciones que tenían al momento de ser despedidos. En caso de no ser tampoco posible esto último, *el Estado deberá proceder al pago de la indemnización que corresponda a la terminación de relaciones de trabajo, de conformidad con el derecho laboral interno*. De la misma manera, *a los derechohabientes de las víctimas que hayan fallecido el Estado deberá brindarles retribuciones por concepto de la pensión o retiro que les corresponda*. [...] El Estado deberá cubrir los montos correspondientes a los *salarios caídos y demás derechos laborales que de acuerdo con su legislación correspondan a los trabajadores destituidos y, en el caso de los trabajadores que hubiesen fallecido, a sus derechohabientes*... (Cfr. *Caso Baena y otros vs. Panamá*, párr. 203).

acción de recursos humanos decretada por el director ejecutivo del IDAAN tiene ejecución inmediata y que aquella destituye a una persona de su trabajo, medio del cual obtiene los recursos para poder satisfacer las necesidades materiales inmediatas que sostienen su circuito vital, la acción de amparo es viable en razón que se ha acreditado la necesidad urgente de atender el caso en razón del alto nivel de perturbación que el acto demandado puede tener en la vida de una persona.

En el caso bajo examen, la recurrente manifiesta que se ha vulnerado el derecho fundamental a gozar el descanso obligatorio remunerado cuando se presta algún servicio por cuenta ajena, es decir el derecho de vacaciones cuando se realiza un trabajo; así como la protección que se dispensa a las personas cuando se padece algún tipo de discapacidad. Estas situaciones, a juicio de la recurrente se presentan, cuando el director ejecutivo del IDAAN decide destituir la de su cargo, aplicando como causal para ello, el abandono del puesto de trabajo, sin tomar en consideración que durante el periodo en el que se produce la supuesta ausencia, la recurrente se encontraba haciendo uso de su derecho de vacaciones. Además de ello, destaca quien acude a la sede de amparo, que la entidad pública no tomó en cuenta que padece de discapacidad, tanto física como mental, lo que impedía al ente público autorizar el despido sin tomar en cuenta su particular condición. En sentido análogo véanse: Sentencia de Amparo de Garantías Constitucionales de 12 de noviembre de 2014, expedido por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia; Sentencia de Amparo de Garantías Constitucionales de 22 de septiembre de 2015, expedido por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia; Sentencia Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción de 18 de marzo de 2015”.

Como se aprecia, el control de *convencionalidad* realizado por los operadores judiciales panameños comienza a emplearse como un instrumento para la tutela y efectividad real de los derechos sociales. Para medir resultados debemos esperar, todavía, el desarrollo y la consolidación de esta tendencia.

Una mirada retrospectiva sobre la *vigencia y justiciabilidad de los derechos sociales en la República de Panamá* nos permite sostener que, como hemos visto, existen logros puntuales en la tutela de algunas modalidades de derechos de *segunda generación*, mediante el reconocimiento y efectividad de fueros especiales y de medidas tutelares de ciertas minorías, por ejemplo: *a) en la protección de la madre trabajadora*;¹³³ *b) en el acceso y conservación de la fuente de trabajo de los trabajadores discapacitados o con dependientes discapacitados*;¹³⁴ *c) en la protección del trabajador con enfermedades crónicas y degenerativas*; *d) en derecho al trabajo del servidor público pensionado por vejez*, y *e) en la disponibilidad de medicamentos de calidad para enfermedades complejas*.

Los avances mencionados, relacionados con los derechos laborales y el derecho a la salud, chocan, a menudo, con *legislaciones formales*¹³⁵ y *materiales emergentes con altas dosis de regresividad no justificadas*, sobre las cuales las autoridades judiciales no siempre hacen un control convencional de compatibilización en atención a valores como la dignidad humana, interpretación extensiva de los derechos fundamen-

¹³³ Véase la sentencia de amparo de garantías constitucionales del 25 de febrero de 2002, expedida por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia Copiosa; la jurisprudencia de este Tribunal Supremo ha manifestado que “...la mujer encinta por la protección del fuero de maternidad como derecho constitucional, en el sistema de libre nombramiento y remoción, inmediatamente adquiere estabilidad, por el tiempo del fuero por esa gravedad y sólo podrá ser despedida por justa causa legal que demuestre que no se le despide por estar embarazada...” (cf.: Sentencia del Pleno del 27 de febrero de 1997). Es evidente que entonces el acto objeto de amparo “vulneró el artículo 68 de la Carta Magna, al destituirse en estado de embarazo a la amparista, sin que medie proceso disciplinario, ni causal de hecho ni de derecho en que se apoye la medida y con omisión del procedimiento contemplado por la Ley núm. 9 del 20 de junio de 1994”.

¹³⁴ Sentencia de amparo de garantías constitucionales del 3 de julio de 2014, expedida por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

¹³⁵ La Ley núm. 43 de 2009 simplemente extingue la condición de funcionario de carrera a los miles de panameños pensionados por vejez, sin que pueda advertirse en esa medida propósito lícito, racional o razonable alguno.

tales y humanos y el principio de desarrollo progresivo de las normas económicas y sociales y la prohibición de regresividad.¹³⁶

En este orden, la prohibición de regresividad injustificada se refiere a que los umbrales de protección alcanzados jurídica y materialmente son un punto de partida para la actividad estatal posterior en el camino de satisfacer los derechos sociales de su población. Sin embargo, la rebaja del listón de la protección se considera injustificable, *prima facie*.

Sin embargo, en nuestra jurisprudencia se han acogido favorablemente estas tesis, aunque nuestra crítica radica en la *pendulación u oscilación de esta regla*.

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, determinó el alcance del artículo 9o. y del artículo 12 del PIDESC (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) que consagran los derechos a la seguridad social y el derecho a la salud, con base en la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, y señala que el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud, que abarca la disponibilidad de elementos esenciales, tales como medicamentos esenciales, definidos así en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la Organización Mundial de la Salud. Al ubicar estos derechos en el conjunto de los derechos constitucionales, la Sala estableció su condición de derechos de “segunda generación”, pero rechazó la subordinación de los mismos a los derechos de primera generación, apoyándose en la doctrina nacional y en el preámbulo del PSS. Igualmente, identificó los DESC como dependientes de la gestión económica del Estado.

¹³⁶ La obligación de respetar consistiría en abstenerse de realizar conductas que desconozcan los DESC o que obstaculicen su desarrollo progresivo. La de garantizar, implicaría, de acuerdo con lo sostenido por la Corte Interamericana, “adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido”. *Cfr.* María del Pilar Gutiérrez Perilla, “La obligación de garantizar el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano: acercamiento al contenido normativo del artículo 26 de la Convención Americana”, en publicación de la Red Universitaria sobre Derechos Humanos y Democratización para América Latina, Buenos Aires, año 2, núm. 4, 2013, p. 86.

El tratadista argentino Cristian Curtis, especialista en derechos humanos y control de convencionalidad, categóricamente expresa:

...dadas las dificultades de medición en sede judicial del progreso de todas las dimensiones de derechos que plantean facetas complejas, como los económicos, sociales y culturales, *a efectos de su justiciabilidad ha resultado más útil el desarrollo de la prohibición de regresividad, entendida como la prohibición de adoptar medidas deliberadas que supongan el empeoramiento del nivel de goce de un derecho. La ventaja de la prohibición de regresividad desde el punto de vista del control judicial consiste en que evaluar la reducción del contenido normativo de un derecho producido por una medida resulta más sencillo que evaluar sus consecuencias empíricas.* Como hemos señalado, tanto la Corte como la Comisión Interamericanas han aceptado la justiciabilidad de la prohibición de regresividad.

Tal prohibición no es absoluta: *las medidas deliberadamente regresivas constituyen una violación prima facie de la Convención, y corresponde al Estado demostrar que esas medidas son justificables...*

...En su Informe de Fondo en el caso “Miranda Cortez”, la Comisión evoca *obiter dicta* la formulación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales acerca de la carga de justificación del Estado: *Si se adoptan medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles, y que el Estado también tiene la carga de probar que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte*¹³⁷ (el énfasis es nuestro).

De conformidad con el *principio de progresividad y no regresividad de los derechos sociales*, los derechos humanos *son progresivos*, es decir, que una vez que se ha logrado un avance en el ejercicio y tutela de un derecho, no puede éste después limitarse o restringirse, sino que se debe seguir avanzando en su cumplimiento. En atención al mencionado principio, incluso la *ley formal* no puede derogar, alterar o modificar —desfavorablemente— las prestaciones laborales aplicables tanto a los trabajadores del sector privado como a los servidores públicos, garantizadas por la ley formal.

¹³⁷ Christian Steiner y Patricia Uribe (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos, comentario*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung-Temis, 2014, p. 674.

Nuestra visión del problema nos hace vislumbrar una coyuntura, todavía difícil, para la efectividad de los derechos sociales en Panamá. No hay respuestas unívocas para la solución del problema, como tampoco existen soluciones mágicas o inmediatas. Algunos pensarán en potenciar el *activismo judicial*, los más radicales, en *el uso alternativo del derecho*,¹³⁸ otros, en cambio, apelarán al poder constituyente o en la sensibilización del poder legisferante. Sin lugar a dudas, los posibles remedios podemos encontrarlos, como hemos visto, en el *control de convencionalidad obligatorio a los fines de armonizar el derecho interno con las reglas, principios valores y jurisprudencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*;¹³⁹ esta tarea, desde luego, no está exenta de complejos retos para la judicatura panameña y, en general, para quienes imparten justicia en la esfera jurisdiccional y administrativa.

BALANCE Y PERSPECTIVAS

- 1) El examen de los derechos sociales en las Constituciones panameñas ofrece una evolución que va desde la búsqueda por implantar

¹³⁸ El *uso alternativo del derecho* puede darse en distintos estratos jurídicos (*v. gr.*, en la función administrativa y en el tramo de formación de la ley), y desde luego en la función judicial. Aquí, y pese a que el *espacio* donde es factible operar es menos amplio que el existente en la etapa de creación de la norma, se postula pensar en una judicatura *alternativa* que haga a su vez una *jurisprudencia alternativa*, vale decir, una justicia que realice, cuando hace funcionar la norma, “una opción en favor de las clases sometidas. No se propone, entonces, una *aplicación libre del derecho* por el juez, y menos un uso caprichoso de la norma por éste, sino que sugiere un verdadero *shock* jurídico, destinado a desprender a la norma de la voluntad de su autor, pero para hacerla funcionar según un legislador ideal, identificado con los sectores sociales explotados”. Néstor Pedro Sagüés, *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 2004, p. 176.

¹³⁹ Los poderes públicos y la administración en general están obligados a respetar los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, ya sea interpretando su derecho interno aplicable conforme al artículo 17, párrafo segundo, del estatuto fundamental, el cual exige que “los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona”, lo que se conoce como integración normativa de los derechos humanos mediante el bloque de constitucionalidad, o bien, realizando, cuando corresponda, control de convencionalidad armonizante de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre el derecho interno, en especial de las leyes formales, reglamentos y actos que puedan afectar derechos humanos.

un nuevo modelo de Constitución, inspirado en la Constitución mexicana de 1917, hasta la adopción de una perspectiva integradora de los derechos sobre la base de una perspectiva de derechos humanos.

- 2) La carta fundamental de 1941 introdujo las primeras normas de derechos sociales por medio de cinco artículos que consagraban reglas y principios en materia de familia, trabajo, cultura y asistencia social.
- 3) La Constitución Política de 1946 amplió significativamente el plexo de derechos sociales y añadió una ordenación de la materia que sólo se ha enriquecido con el tiempo. La regulación de los derechos sociales en esta carta, producto de un proceso social y político que culminó con la convocatoria a una asamblea constituyente, se subdividió en cinco capítulos que en su conjunto contenían 43 artículos.
- 4) Una nueva ampliación de los derechos sociales se produjo con la carta militarista de 1972, que por medio de 67 artículos elevó las expectativas sociales, que finalmente no logró satisfacer debido a su modelo dictatorial.
- 5) La reforma constitucional de 1983 introdujo un título sobre régimen ecológico como parte de los derechos sociales y buscó, sin éxito, volver a las instituciones políticas de la democracia liberal representativa anterior al golpe de Estado de 1968, manteniendo los avances en los derechos sociales consignados en 1972.
- 6) Las reformas constitucionales de 1994 y 2004 consagraron un nuevo paradigma de la protección constitucional de los derechos centrado en una perspectiva de derechos humanos, que incluye a los derechos sociales; no obstante, su desarrollo es incipiente.
- 7) El amparo de las garantías constitucionales introducido en Panamá por la Constitución de 1941 es de ascendencia mexicana, y fue concebido como un instrumento de garantía para asegurar tanto los derechos individuales como los emergentes derechos sociales surgidos con esta carta.
- 8) Tradicionalmente, los derechos sociales han encontrado obstáculos ante una jurisprudencia manifiestamente ritualista y restrictiva, al igual que se han visto frenados por una legislación

regresiva que ha establecido cerrojos a la tutela de éstos, limitando la efectividad del amparo de garantías constitucionales y de las acciones contenciosas administrativas de plena jurisdicción o de restablecimiento de derechos humanos.

- 9) En los últimos años se han visto algunos avances en la protección de los derechos sociales en el Poder Judicial con el inicio de la aplicación del control de convencionalidad realizado por los juzgadores panameños. Sin embargo, los resultados sobre su eficacia deberán ser medidos con la consolidación de esta tendencia.
- 10) El control de convencionalidad obligatorio de armonización de nuestro derecho interno con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus reglas y jurisprudencia, deberá ser la ruta para franquear la expansión e intensificar la protección de los derechos sociales en Panamá.



CONMEMORACIÓN EN MÉXICO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1931 EN SU XXV ANIVERSARIO: TEXTO Y CONTEXTO

Alberto Saíd*

INTRODUCCIÓN

La expresión: “no hay temas agotados para los hombres sino hombres agotados frente a los temas” es aplicable a mi breve opúsculo. El texto que se estudia es una conmemoración que se efectuó en México con motivo de la promulgación de la Constitución Española de 1931.¹ El acto rememoró aspectos de detalle y generalidad de esa carta magna, por quienes participaron en ese proceso aunque también estuvieron presentes diversas fuerzas vivas de la “España peregrina”: la de los “transterrados”.

El periodo de la segunda República, el ascenso al poder del general Francisco Franco y su larguísima gobernación no es asunto manso, aun permean mareas para calificar a tantos actos y sobre todo a tantas personas: los protagonistas. La unanimidad de filias y fobias no existió ni durante la contemporaneidad ni menos, en las revisiones que no cesan. La “hercúlea” labor de la Real Academia de la Historia plasmada en el

* Profesor e investigador de la Universidad Panamericana; antiguo secretario del Instituto Mexicano de Derecho Procesal; miembro del Consejo de la Crónica de la Ciudad de México.

¹ En el frontis están estos datos: 9 de diciembre de 1931–9 de diciembre de 1956, Acto conmemorativo del XXV aniversario de la promulgación de la Constitución de la República Española, celebrado por los diputados de las Cortes Constituyentes en el exilio, Embajada de España, México.

Diccionario Biográfico Español, que contiene los datos vitales de más de 40,000 personajes, impreso en 50 tomos, sólo en la parte del tema que nos ocupa, tuvo una enérgica respuesta. El libro *En el combate por la historia*, cuyo editor es Ángel Viñas, ha sido calificado como un “contra-diccionario” de las fases históricas de la República, la Guerra Civil y el Franquismo.²

Éste es sólo un ejemplo de la riqueza de visiones de los hechos históricos relacionados con la República y sus consecuencias.

México como lo ha demostrado el pasar de los años se vió enriquecido por hombre y mujeres de esa “España peregrina”, en muy diversas ramas y quehaceres de altos vuelos. El derecho procesal y sectores de lo jurídico no fueron la excepción;³ pero estos ánimos de bienvenida a la emigración española, a partir de 1936, no se compartió por todo México. Cito únicamente un manifiesto a la nación titulado: “Los partidos y agrupaciones independientes presentan al país su protesta por la invasión de milicianos españoles. Nuestro acto de presencia afirma la solidaridad entre las agrupaciones independientes y la conciencia nacional”.⁴

En el libelo de referencia se externó la “justa indignación” del pueblo mexicano por la recepción de “refugiados” que violaba las leyes y la tranquilidad pública por la protección oficial dada “a los comunistas derrotados en España”... “gentes que el propio gobierno selecciona para crear con elementos extranjeros una fuerza política de la que aquí carecen”. Los libelistas pensaron que llegaban personas para formar “células de militarización comunista en cada municipio de México”. Deploraban el que desempeñasen el papel de consejeros y su participación en la enseñanza con alta remuneración. Mucho se honraba a extranjeros comunistas —protestaron— y poco se protegía a los mexicanos que vivían en la miseria. La selección de inmigrantes también fue criticada pues se efectuaba “por un comité técnico de refugiados españoles comunistas y franceses y judíos directamente vinculados con Moscú”. Entre los nombres de los muchos signantes se encuentran: Sealtiel L. Alatríste, el general Raúl Madero: por Acción Nacional,

² Fechado en abril de 2012, en Barcelona y publicado por Ediciones de Pasado y Presente.

³ Fernando Serrano Migallón (prol. y coord.), *Los maestros del exilio español en la Facultad de Derecho*, México, Porrúa-Facultad de Derecho, UNAM, 2003, passim.

⁴ Aquiles Elorduy, *La Reaccion?*, núm 42, vol. II, jueves 5 de julio de 1939, p 11.

Manuel Gómez Morín, Pedro Zuluaga y Bernardo Ponce. También firmaron el manifiesto Emilio Madero, el licenciado Rafael Zubarán Capmany, el general Joaquín Amaro, el licenciado Eduardo Vasconcelos, el doctor Atl (Gerardo Murillo), y el licenciado Soto y Gama.

Se retoma el asunto objeto de nuestro estudio el acto conmemorativo de la Constitución Española de 1931, para decir que hubo mención expresa de la influencia de la Constitución mexicana de 1917 en el derecho social. Especial atención doy a Rodolfo Reyes denominado por Juan Almagro Nosete como “el apóstol del amparo” en las Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal efectuadas en Río de Janeiro, Brasil en mayo de 1988.⁵ La acción de amparo quedó incluida en la Constitución Española de 1931, sobre este afán de Rodolfo Reyes, juristas mexicanos como Héctor Fix Zamudio y su discípulo Eduardo Ferrer Mac-Gregor han escrito con grande provecho. Yo aportó algunos granos de arena de la para mí odiosa participación de Rodolfo Reyes Ochoa en la Revolución Mexicana, pero también escribo sobre su pulcra obra.

DESCRIPCIÓN TIPOGRÁFICA

La descripción tipográfica del documento motivo de mi ejercicio escritural es: *dimensiones*: largo 22.8 cms y ancho de 15.6 cms; *pasta* en cartoncillo marfil; prima de forros con texto y emblema heráldico, segunda y tercera de forros: desiertas, y cuarta de forros con texto; *interior*: 34 páginas; numeradas únicamente de la 13 a la 28. Veinte fotograbados, con resolución diversa, desde una gran claridad hasta la casi ausencia de la misma; todos están subtitulados.

OBJETO DEL ACTO

En la reseña de la reunión celebrada en México, la noche del 9 de diciembre de 1956, a las claras se explica que hubo un banquete. Se efectuó en la Embajada de España en México. Los ex diputados de las Cortes

⁵ Tengo a mano la nota manuscrita del doctor Cipriano Gómez Lara, mi padre académico, por quien conocí a los veintitrés años por vez primera la labor de Rodolfo Reyes como difusor del amparo.

Constituyentes en el exilio conmemoraron el XXV aniversario de la fecha en que fue promulgada la Constitución de la República Española. En el grande salón de la embajada se instalaron las mesas y en el centro de la presidencia fue colocado un sitio en honor de Julián Besteiro, presidente de las Cortes Constituyentes. En el fondo del salón destacaron los colores rojo, amarillo y morado de la bandera de la República.

PARTICIPANTES Y REPRESENTACIONES

En la llamada mesa presidencial tomaron asiento: Bernardo Giner de los Ríos, secretario general de la Presidencia de la República; como representante del presidente Diego Martínez Barrio se apersonó el licenciado Manuel Martínez Feduchy.⁶ En mesa tan principal también hallaron acogida Luis Nicolau d'Olwer, José Giral Pereira, Juan-Simeón Vidarte, y Miguel Granados, Antonio Velao, Manuel Torres Campaña, Enrique de Francisco y Eugenio Arauz.

A continuación se sentaron Antonio Sacristán Colás, Luis Recaséns Siches, Antonio Ma. Sbert, Jerónimo Gomariz, Angel Rizo y Honorato de Castro; en seguida, Issac Abeytua, Bruno Alonso, Amadeo Arago, José Domínguez Barbero, Luis Cordero Bel, Eladio Fernández Egocheaga, Manuel García Becerra, Edmundo Lorenzo, Carlos Martínez, Florentino Martínez Torner, Ángel Menéndez Suárez, Gabriel Morón, Margarita Nelken, Manuel Olmedo, Ramón Ruiz Rebollo, Ángel Samblancat, Juan Sapiña y José Ventosa Roig.

En cuanto a las representaciones, es necesario mencionar los parlamentarios españoles que se encontraban en Francia; Diego Martínez Barrio, Félix Gordón Ordás, Fernando Valera, Julio Just, Gabriel Pradal, Pedro Rico, José Antonio Balbontín, Manuel Serra y Moret, Ventura Gassol, José Ballester Gozalvo y Antonio Xirau.

En un telegrama del gobierno desde Francia se plasmó: “Los ministros del Gobierno republicano en el exilio que fuimos Diputados

⁶ Manuel Martínez Feduchy, llegó a México en 1952. Se hizo cargo de la embajada del gobierno de la República Española en el exilio hasta 1977. En ese año entregó tanto los archivos como el edificio al nuevo representante de España en México. Véase, *El exilio español en México 1939-1982*, 1a. reimp., México, Salvat-FCE, 1983, prólogo de José López Portillo, presidente de México, p. 808.

Constituyentes nos adherimos emocionados a la conmemoración del XXV aniversario de nuestra gloriosa Constitución. Abrazos: Félix Gordón Ordás, Julio Just, Fernando Valera, José Antonio Balbontín”.

Se recibieron también las adhesiones de los siguientes diputados:

Argentina: Manuel Ossorio Florit. *Estados Unidos:* Victoria Kent (abogada y médico notable), Enrique Ramos. *Cuba:* Jerónimo Bugeda, Francisco López Goicoechea. *Londres:* José Antonio Balbontín [sic]. *Ginebra:* Marcelino Pascua. *Venezuela:* Eduardo Ortega y Gasset (hermano mayor del filósofo, José). *Colombia:* Luis de Zulueta. *Tijuana:* Miguel Bargalló. *Guadalajara:* Miguel Santaló. *Matamoros:* Hermenegildo Casas. *Torreón:* Jaime Simó Bofarull. *México, D.F.:* Mariano Moreno Mateo, Luis López Dóriga, Francisco Azorín, Antonio de la Villa, Ramón González Sicilia y Alfonso Pazos.

TEMAS DE LOS DISCURSOS

Primer discurso

Lo efectuó de manera muy oportuna Miguel Granados, y se imprimió bajo el título: *Emotivo recuerdo a los diputados desaparecidos, por el secretario de las Cortes Constituyentes*. Procedió a leer la carta que envió, el citado presidente de la República Española, Diego Martínez Barrio, quien letró, que en la gran empresa jurídica de redactar la Constitución Republicana, se depositó lo mejor de las aspiraciones y talentos de todos cuantos participaron.

En dicha misiva de igual forma se externó que por aquélla derramaron su sangre las legiones más numerosas de “héroes y mártires”, inéditos en la historia contemporánea de España, no estuvo ausente en su recordación: “La España peregrina”, ni estas palabras para Julián Besteiro; “gran español, ciudadano sin par y caballero sin tacha”.⁷

Miguel Granados ante la imposibilidad de aludir a todos los diputados muertos en 25 años, sólo mencionó a los que fueron parte de la mesa del Congreso: Francisco Barnés, Antonio Lara, José Sánchez Covisa y Ramón Aldosoro.

⁷ Sobre él y muy especialmente de sus diversas prisiones que lo llevaron a la muerte, hay varias versiones; todas ellas trísticasimas. Ver; Una breve biografía de Besteiro en: *Enciclopedia Salvat, Diccionario*, Barcelona, Salvat editores, ARRE-BURU, 1976, t.II.

Como corolario leyó la lista de los “mártires”: Julián Besteiro Fernández, José Aceituno, Leopoldo Alas, Eugenio Arbones, Enrique H. Botana, Antonio Canales, Juan Canales, Manuel Carrasco Formiguera, Luis Companys, Adolfo Chacón de la Mata, Enrique Esbrí, Antonio Fernández Quer, José Garrote, Joaquín García Hidalgo, José Gómez Osorio, Alejandro Jaume, Juan Lozano, Pedro Molpeceres, Juan Morán, José Palanco, Alejandro Peris, José Piqueras, Cayetano Redondo, Quirino Salvadores, Antonio Sánchez Prado, Primitivo Santa Cecilia, Salvador Sediles, José Serrano Batanero, José Suñol, Pedro Valiente, Gregorio Vilatela, Francisco Zafra y Julián Zugazagoitia.

Segundo discurso

Lo realizó Juan Simeón Vidarte.⁸ Después de las palabras de protocolo evocó el 14 de julio de 1931, para decir que las Cortes Constituyentes se integraron con lo más selecto de la intelectualidad española, Unamuno, Ortega y Gasset, Cossío, Pitaluga, Zulueta y Madariaga; con grandes juristas como Ossorio y Gallardo, Ruiz Funes, Sánchez Román y Recaséns Siches; lo más notable de la cátedra, las profesiones liberales y el periodismo y lo más capacitado de la clase obrera. Los “heredados” de las Cortes de la Monarquía, fueron: Alba, Romanones, Sánchez Guerra, Rollo Villanova, Melquíades Álvarez y el “cacique” Abilio Calderón. Una treintena, en su sentir, eran expertos parlamentarios, los demás cuatrocientos cincuenta fueron nuevos en esas lides. Para Vidarte fue un grande acierto la elección de su presidente, Julián Besteiro. Los partidos políticos se distribuyeron bajo el simbolismo de la Revolución Francesa, “Montaña” y “Llano” para agregar que también existía una “Caverna”. De ella salían los gritos estridentes de Gil Robles, interrupciones de Beunza y violencias verbales de algún sacerdote...

Vidarte sostuvo que el proyecto de Constitución fue elaborado por eminentes políticos y juristas presididos por Jiménez de Asúa.⁹ Reco-

⁸ Su descripción biográfica aparece en *El exilio español en México 1939-1982*, cit., p. 872.

⁹ Ángel Ossorio y Gallardo fue presidente del primer anteproyecto de Constitución. Sobre ello escribió: “todo nuestro esfuerzo no sirvió para nada. El gobierno no tomó en cuenta nuestro pensamiento, sino que confió nueva redacción a la Comisión parla-

noció que carecía de perspectiva histórica para calificar todo el proceso legislativo. Punto álgido fue el debate que giró en torno “al problema religioso” que dio lugar a una discusión áspera entre Gil Robles y Manuel Azaña. Requirió la participación de Niceto Alcalá Zamora y Torres, quien finalmente dimitió a la Presidencia del Consejo. Esa fue la primera crisis de la República. Lembró a las intensísimas sesiones de Corte con apenas descanso. Y cuando lo había, se dedicaban al estudio y visita de poblados. Para él, las citas históricas y el ánimo de renovación fueron enriquecedores. Recordó la bofetada que le propinaron al diputado Leisaola, quién cuando fue consolado en su despacho externó: “no me preocupa la bofetada eso no tiene importancia lloro por la enormidad que acaban ustedes de aprobar”.

Sobre el enjuiciamiento al rey don Alfonso XIII, en el exilio, puntualizó que en los hechos él y su familia se encontraban fuera de España paseando y con la disponibilidad de grandes recursos económicos y siempre defendidos por el conde de Romanones (Álvaro Figueroa y Torres Mendieta). Un dato muy curioso salió a colación, cuando sin rubor indicó que el constituyente Alejandro Lerroux fue el más aplaudido por las mujeres en sus intervenciones. Para entrar a las discusiones parlamentarias se hacían filas. El decano del cuerpo diplomático monseñor Tedeschini, con sus ojos grises deseaba influir en el siempre católico Niceto Alcalá-Zamora y Torres.

En las sesiones estuvieron tanto los miembros del cuerpo diplomático como un vivaz público y la prensa. En sus remembranzas hizo hincapié en todo género de noticias que incluyeron la votación para presidente a Alcalá Zamora. También continuó evocando otra serie de hechos posteriores a la promulgación de la Constitución.

Tercer discurso

Tomó la palabra José Giral Pereira, ex ministro de la República. Intuía la creación de una nueva y futura Constitución Republicana Española, la que seguramente no sería la de 1931. Ignoraba si fuera presi-

mentaria. Sin duda ésta fue más piadosa con nuestras intenciones, como lo prueba la interesante obra *Proceso Histórico de la Constitución de la República Española* del presidente de dicha Comisión, el sabio profesor Luis Jiménez de Asúa”, Ángel Ossorio, *Mis memorias*, Buenos Aires, Editorial Lozada, 1940, p. 200.

dencialista o parlamentaria, federal o unitaria, pero tenía certeza que estaría presente la esencia de la libertad y la justicia. Acto continuo procedió a leer fragmentos del prólogo de Luis Jiménez de Asúa, inserto en la reimpresión de la Constitución Española. En donde escribió;¹⁰ en larga pero inmejorable cita para los fines de mi estudio:

Esta Constitución de la República Española es la vestidura jurídica de una Nación que quiso emprender nueva ruta por el Mundo. Sus artículos son la mejor defensa de la España Republicana, tan vilmente calumniada. Con ella demostramos la acendrada democracia de nuestro régimen: su liberalismo; la fuerte base parlamentaria en que se asentó y, sobre todo, la moderación con que se solucionaron los hondos problemas de la vida española. Acaso esto es lo que no pudieron perdonarnos los tradicionalistas que aprovechando lo propicio de la hora para autoritarismos, sumieron a la República en tremendo colapso y a nuestra Patria en la vergüenza.

Es doblemente sintomático que el Código político de los republicanos españoles se reimprima hoy en México. Lo es, en primer término, porque esas páginas, tan atacadas por los descontentos eternos, son, quiérase o no, el principio superior ordenador de los españoles republicanos. Al reeditarse ahora por las Cortes españolas se demuestra el acatamiento de todos, incluso de los que ayer torcían el gesto ante algunos de sus preceptos. Es revelador también de un estado de conciencia el que estas páginas vean la luz en México, el pueblo hispano-americano cuyo gobierno comprendió mejor que otro alguno el esfuerzo de España contra fascistas y nazis. Esta guerra y sus consecuencias inmigratorias, han hecho más por la fraternidad hispánica que los viejos discursos saturados de burbujas de mal champaña y que los nuevos intentos de imperios anacrónicos.

La Constitución española de 1931 acaso sea un día modificada; pero en la hora de hoy es, como el Himno de Riego, que los melómanos consideran música detestable, y la bandera tricolor, que ontológicamente es un pedazo de tela, enseña de nuestra ejecutoria republicana y pendón de reconquista de nuestras libertades.

Cuarto discurso

Luis Nicolau D'Olwer ex ministro del gobierno provisional. Después de un solvente recuento de las Constituciones que tuvo España en el si-

¹⁰ *Op. cit.*, pp. 24 y 25, del folleto que ahora escribo.

glo XIX, el orador señaló las características distintas y peculiares de la Constitución Española de 1931. Parte toral es el siguiente párrafo, pues alude, así sea en volandas, a la influencia de la Constitución Mexicana de 1917 en aquélla:¹¹

Por primera vez también se considera al hombre no exclusivamente como ser político, sino como ser social. Antecedente glorioso —grato recordarlo aquí—, el de la Constitución mexicana de 1917, “el primer documento de este tipo (como dijo Salvador Azuela) que se alimenta en las directivas del constitucionalismo social”.

La última intervención no llegó a constituir un discurso pues solo fueron palabras de protocolo externadas por Manuel Martínez Feduchy.

Se cuidaron detalles: los claveles que estuvieron en la mesa con el lugar reservado a la memoria de Julián Besteiro fueron enviados a Madrid por avión a doña Dolores Cebrián, viuda de Besteiro, por citar uno de los pormenores.

VISIÓN DE LA INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917 EN LA ESPAÑOLA DE 1931, Y EL PAPEL DE RODOLFO REYES

Es de resaltar de entre los juristas mexicanos que influyeron en la promoción del amparo, de sus tiempos, a Rodolfo Reyes. Desde España, a partir de su exilio estuvo al pendiente de cuanto sucedió en México pero también fue hombre muy activo en su país de afincamiento. Escritor empañado por su pasado político no ha sido estudiado lo suficiente en su magnitud jurídica. Por ello, ofrecemos, no en nota sino en texto, este incompleto recuento de sus afanes escriturales:

- *El litigio “Espinosa y Cuevas, Hnos” versus “Bruno Rivero y Carmen Caloca de Rivero”*. Visto en casación, apuntes de alegato en defensa de la Sociedad “Espinosa y Cuevas, Hnos.” S. Luis Potosí. Tipografía de la Escuela Industrial Militar, 1911.
- *Discurso inaugural del período académico pronunciado por su secretario general y académico de número licenciado... en la so-*

¹¹ *Op. cit.*, en el folleto citado en la nota 1, p. 28.

lemne sesión de apertura, México, Academia Central Mexicana de Legislación y Jurisprudencia, 1912.

- *El juicio de amparo de garantías en el derecho constitucional mexicano. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Conferencia del señor don... académico de número y secretario general de la Academia Central Mexicana de Legislación y Jurisprudencia, profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de México, etc., pronunciada en la sesión pública de 8 de febrero de 1916*, Madrid, Establecimiento tipográfico de Jaime Ratés, 1916.
- *El valor “hombre” en América: conferencia pronunciada en la Unión Ibero Americana... el día 22 de abril de 1925*. Madrid, Unión Ibero Americana, 1925.
- *La VI Conferencia Panamericana*, Madrid, Unión Ibero Americana, 1928.
- *De mi vida: memorias políticas...*, Madrid, Talleres Espasa Calpe, 1929-1930, tres tomos, el primero abarca 1899-1913 y el segundo 1913-1914; el último alude hasta 1939; publicados en México por JUS en 1930 y 1948, respectivamente.
- *Ante el momento constituyente español; experiencias y ejemplos americanos*, Madrid, Compañía Ibero Americana de Publicaciones, 1931.
- *Cuatro discursos*, Madrid, Imprenta de San Juan Pueyo, 1933.
- *La defensa constitucional. Recursos de inconstitucionalidad y amparo*, Madrid, Talleres Espasa Calpe, 1934. Está adornado con una carta prólogo de Ángel Ossorio y de Víctor Pradera.
- *Benito Juárez: ensayo sobre un carácter*, Madrid, Nuestra Raza, 1935.¹² Sin el auxilio de Alejandro Mayagoitia no hubiera dado esta relación. Gracias por su apoyo.

¹² Una apretada biografía del doctor Rodolfo Reyes Ochoa se encuentra en: Ángel Gilberto Adame López, *Antología de académicos de la Facultad de Derecho*, México, edición del autor, 2014, pp. 569 y 570. Por no tener desperdicios se transcribe íntegramente: “Don Rodolfo Reyes Ochoa nació el 16 de mayo de 1878 en la ciudad de Guadalajara, Jalisco. Fue hijo de don Bernardo Reyes Ogazón y hermano de don Alfonso Reyes Ochoa. Cursó el bachillerato en la Escuela Nacional Preparatoria. Sus estudios de licenciatura los llevó a cabo en la Escuela Nacional de Jurisprudencia en donde se recibió como abogado el 8 de enero de 1901 con la defensa de la tesis *La agricultura y la ley minera*. El sínodo que lo evaluó estuvo integrado por don Jacinto Pallares, don José Algara, don Miguel S. Macedo, don Víctor M. Castillo Corzo y don

La influencia de Rodolfo Reyes en la Constitución republicana de 1931 ha sido motivo de los afanes de Fix-Zamudio¹³ y de Eduardo Ferrer MacGregor.¹⁴



Antonio Ramos Pedrueza, quienes le aprobaron por unanimidad. Obtuvo el grado de doctor en derecho en la ciudad de Madrid, España. Contrajo matrimonio el 16 de abril 1902 con Carmen Morales Gasca. En marzo de 1902 se inició en la docencia como catedrático interino de procedimientos penales. Un año más tarde, obtuvo por oposición la adjuntía de la cátedra de derecho constitucional y pronunció el discurso de apertura de clases. En 1912 fue encarcelado a consecuencia de su actividad política; desde prisión, contribuyó con los trabajos de reforma del plan de estudios de nuestra Escuela. Una vez libre, retomó sus actividades de enseñanza. Fuera del ámbito académico fue reconocido abogado postulante. Su despacho estuvo ubicado en el número 2 de la calle del Esclavo, en la Ciudad de México. Fungió como diputado federal y, en octubre de 1913, con la disolución del Congreso, fue preso por segunda vez. Se vio forzado al exilio por motivos de carácter político (participó en el golpe de Estado a Francisco I. Madero y en el poco honroso “Pacto de la Embajada”), por lo que arribó a España en donde tomó parte activa en la vida intelectual y jurídica. Entre sus obras más importantes se encuentran: *¿Los derechos que la sección primera del título primero de la constitución federal proclama como derechos del hombre, corresponden únicamente al individuo, físicamente considerado, o corresponden también a los seres morales formados por la asociación de individuos?.* *Contribución al estudio de la evolución del derecho constitucional en México, La defensa constitucional: recursos de inconstitucionalidad y amparo, y De mi vida.* Formó parte de la Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística, del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México y de la Academia Mexicana de Legislación y Jurisprudencia, misma que en 1951 le otorgó el Premio Peña y Peña y que, en octubre de 1954, colocó su retrato en su salón de actos. En uno de sus ensayos don Héctor Fix-Zamudio se refiere a él con las siguientes palabras: *El distinguido jurisconsulto mexicano Rodolfo Reyes, que durante muchos años por motivos de carácter político vivió en España, realizó varios estudios para divulgar el amparo mexicano entre los juristas españoles alcanzando un resultado muy satisfactorio, ya que el Constituyente republicano estableció, por influencia mexicana, el recurso de amparo de garantías constitucionales, debiendo señalarse como esencial el libro del citado tratadista intitulado La defensa constitucional.* El maestro falleció el 3 de junio de 1954 en Madrid, España”.

¹³ “El derecho de amparo en México y en España. Su influencia recíproca”, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, Porrúa-UNAM, 2003, pp. 285-328.

¹⁴ *La Acción Constitucional de Amparo en México y España, Estudio de Derecho Comparado*, México, Porrúa, 2000, pp. 107-132. Y del mismo autor; “Rodolfo Reyes y el recurso de amparo español”, *ARS IURIS*, núm. 22, Universidad Panamericana, 1999, pp. 118-140. Yo mismo le considero como protofundador del derecho procesal constitucional. A pesar de que dejó memorias Rodolfo Reyes, una biografía extensa que incluya su binomio político-jurídico se antoja muy necesaria. Especial revisión merecen sus participaciones periodísticas, su extensísima folletería, y consultar a los repositorios públicos y privados que contienen noticias de él.

LA CONSTITUCIÓN DE QUERÉTARO Y SU INFLUENCIA EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL ARGENTINA

Néstor Pedro Sagüés*

INTRODUCCIÓN

Es sabido que la Constitución mexicana llamada “de Querétaro”, en virtud de la ciudad donde sesionó la convención constituyente que la sancionó, se promulgó el 5 de febrero de 1917.

En Argentina regía en tal momento, en el orden federal, la Constitución sancionada en 1853, con las reformas de 1860, 1866 y 1898. Desde luego, por obvias razones cronológicas, la Constitución de Querétaro (1917), no pudo influir en tal texto, que, en cambio, registraba en algunos segmentos de su articulado vestigios de la Constitución mexicana federal de 1824. Así, por ejemplo, y según Seco Villalba, en el artículo 1o., de la Constitución argentina, relativo a la forma de gobierno; en el artículo 2o., en cuanto el culto católico; en el 7o., sobre el valor de los actos públicos de una provincia, en las restantes; en el artículo 67, inc. 6o., arreglo de la deuda interna y externa; 67, inc. 7o., referido a la aprobación del presupuesto; 67, inc. 14, concerniente a la determinación por el Congreso de los límites interprovinciales; 67,

* Profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires; profesor investigador en la Pontificia Universidad Católica Argentina, sede Rosario; profesor extraordinario en la Universidad Austral de Buenos Aires y profesor en las maestrías en derecho procesal constitucional, y en derecho constitucional y derechos humanos en la Universidad Panamericana de la Ciudad de México.

inc. 16, en cuanto la facultad del Congreso para proveer lo conducente para el progreso e ilustración; y el artículo 67, inc. 18, respecto de la aprobación por el Congreso de los tratados internacionales.¹

Después de 1917, esto es, una vez sancionada la Constitución de Querétaro, hubo tres episodios constituyentes, en el ámbito nacional argentino: a) la nueva constitución justicialista de 1949; b) el retorno a la constitución de 1853 con sus modificatorias, y su posterior reforma en 1957, y c) la gran reforma de 1994. En estos casos interesa averiguar si hubo, y en qué medida, proyecciones de aquel texto mexicano.

LA CONSTITUCIÓN JUSTICIALISTA DE 1949

Este instrumento reemplazó desde el 16 de marzo de ese año a la Constitución de 1853 (con sus reformas de 1860, 1866, 1898), hasta el 27 de abril de 1956, en que fue abolido por una *Proclama* del gobierno militar, quien invocando poderes revolucionarios reinstaló a la anterior constitución de 1853.

La Constitución de 1949 se inspiró clara y expresamente en la doctrina nacional justicialista (en su momento, sería declarada por ley del Congreso doctrina oficial de la República). Afirmó los principios de función social de la propiedad y de la justicia social y reconoció explícita y concretamente derechos especiales al trabajador, a la familia, a la niñez y a la ancianidad. Perteneció así al constitucionalismo de “segunda generación”, ocupado de los problemas sociales.

Con ello, se podría suponer que la Constitución de Querétaro, bandera de ese constitucionalismo social, habría inspirado muchas de sus normas. No obstante, el justicialismo, autoidentificado como una “tercera posición”, distinta tanto del liberalismo capitalista como del

¹ José Armando Seco Villalba, *Fuentes de la Constitución argentina*, Buenos Aires, Depalma, 1944, pp. 136 y ss. En términos generales, la Constitución mexicana de 1824 había despertado profundas críticas al principal autor intelectual de la Constitución argentina de 1853, Juan Bautista Alberdi. En especial, objetó su rechazo a la libertad de cultos, una política migratoria restrictiva para los extranjeros y los obstáculos, para éstos, en cuanto adquirir propiedad inmueble. En resumen, dijo que esa Constitución padecía de una serie de vicios que originaban su atraso. Véase Juan Bautista Alberdi, “Bases y puntos de partida de la organización política de la República Argentina”, en Juan Bautista Alberdi, *Organización política y económica de la Confederación Argentina*, nueva edición oficial, Besanzón, 1856, p. 18.

marxismo, prefirió manejarse con insumos ideológicos propios, muchos de ellos de inspiración cristiana (en particular, por la doctrina del bien común), de tal modo que las palabras del miembro informante de la comisión revisora del nuevo documento, y su principal autor intelectual, Arturo Enrique Sampay, vertidas en el recinto de la convención constituyente el 8 de marzo de 1949 (con base a las cuales se aprobó la Constitución), no mencionaron a la aludida constitución mexicana.

Por lo demás, la constitución justicialista no reconoció el derecho de huelga, porque implicaba, según el mismo expositor, “una zona de guerra extrajurídica” imposible —dijo— de admitir como derecho positivo, y enunció la posibilidad de reelección indefinida del presidente de la República,² circunstancias éstas que poco empalmaban con el espíritu y la letra del texto de Querétaro.

LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1957

La convención nacional constituyente argentina de 1957, que sesionó en la ciudad de Santa Fe, fue convocada (infringiendo el artículo 30 de la Constitución nacional), por el mismo gobierno militar *de facto* que había removido a la Constitución de 1949, por la ya citada *Proclama* de 1956, y reimplantado la constitución de 1853, con las enmiendas de 1860, 1866 y 1898. Una de las primeras decisiones de tal asamblea, elegida popularmente pero con proscripciones electorales para el justicialismo, y por ende, con importantes vicios en su gestación, fue convalidar aquella decisión del régimen militar.

La convención constituyente de 1957 tenía un temario bastante amplio para tratar, pero por sucesivas renunciaciones y retiros de sus componentes solo aprobó dos artículos de reforma, uno llamado “14 nuevo”, relativo a derechos sociales, y el otro, habilitante para que el Congreso dictara un código del trabajo y de la seguridad social.

El entonces flamante artículo 14 “nuevo” (vulgarmente conocido como “artículo 14 bis”), dice lo siguiente:

² Cfr., Arturo Enrique Sampay, *La reforma constitucional*, Buenos Aires, Laboremus, 1949, p. 27 y ss., especialmente 40, 44 y ss., 73. El miembro informante reconoce que el nuevo texto era la “Constitución de Perón”, presidente al que cita con profundos elogios en reiteradas ocasiones de su informe.

El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial.

Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.

El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.³

Conviene subrayar que este texto se encuentra actualmente vigente, por decisión, incluso, de la asamblea constituyente de 1994 (disposición transitoria décimoséptima, aprobada por esta asamblea).

QUERÉTARO EN SANTA FE

Al través de lo ocurrido en 1949, en la convención de Santa Fe de 1957 se citó reiteradamente a la Constitución de Querétaro. Reseñaremos los puntos más llamativos de tales remisiones.

- a) *La “primicia social” de la Constitución mexicana de 1917.* El reconocimiento de que el texto de Querétaro inauguró el constitucionalismo social fue un dato recurrente en la asamblea

³ Para un análisis de las cláusulas introducidas por la reforma constitucional de 1957, nos remitimos a Néstor Pedro Sagüés, “Constitucionalismo social”, en Antonio Vázquez Vialard (dir.), *Tratado de derecho del Trabajo*, Buenos Aires, Astrea, 1982, t. 2, pp. 804-848.

constituyente de 1957... En palabras del convencional Rouzaut (quien años después sería el primer presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional), explicando el informe de la Comisión Redactora del nuevo artículo, “las Constituciones, a partir de 1917 con la de Méjico, y con las que responden al movimiento constitucional que se realiza en la Europa oriental en 1918 se refieren al trabajo porque, como dice Guetzevich, cuando se producen sacudimientos generales en los pueblos, estos lanzan su mirada hacia el derecho constitucional buscando la tabla salvadora para su vida pacífica, realizándose así el movimiento constitucional que socializó el derecho”.⁴

Ese liderazgo constitucional social fue reiteradamente afirmado por los convencionales Bravo⁵ y Schaposnik, quien advirtió que la Constitución mexicana “tiene la virtud de ser la primer que incorpora a su texto los derechos sociales”,⁶ El convencional Pozzio, a su turno, destacó que la Constitución de Querétaro encabezó la constitucionalización de temas referidos al sindicalismo, la propiedad y los medios de producción.⁷ El convencional Corona Martínez, por su parte, enfatizó que “América dio al mundo primero la Constitución liberal y burguesa norteamericana, y en segundo lugar la primera constitución social del mundo, con los mejicanos, en 1917”.⁸ El convencional Riva, en el mismo sentido, expuso que la Constitución mexicana de 1917 marcó rumbos, y que a su influjo se sancionaron, en materia de derechos sociales, las de Bolivia, Cuba, Guatemala, Ecuador Nicaragua, Perú, y en el viejo mundo, Francia en 1946, Italia en 1948 y hasta la República Federal Alemana, en 1949.⁹

El convencional León destacó que el constitucionalismo liberal del *laissez faire, laissez passer*, fue sustituido por un constitucio-

⁴ Cfr., *Diario de Sesiones de la Convención nacional constituyente. Año 1957*, Buenos Aires, Congreso de la Nación, 1958, t. II, p. 1070. El autor citado por Rouzaut es Boris Mirkine-Guetzévitch.

⁵ *Ibidem*, p. 1253.

⁶ *Ibidem*, p. 1292.

⁷ *Ibidem*, p. 1307.

⁸ *Ibidem*, p. 1351.

⁹ *Ibidem*, p. 1372.

nalismo realista que toma al hombre en su angustia económica, en su sensibilidad política y en su quehacer histórico y cultural. Tal constitucionalismo es social, y emerge, en este orden, de las constituciones de Méjico de 1917, Rusia de 1918 Weimar de 1918. Mocionó para que la constitución argentina de 1853 se sumara a esa empresa jurídico política.¹⁰

El convencional Sgrosso planteó un debate sobre lo que llamamos “primicia social” de la carta fundamental mexicana de 1917. Al respecto, citó una publicación del Instituto de Derecho del Trabajo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral (Argentina), que alertaba que la Constitución suiza de 1874 ya había incluido normas protectoras del trabajador, y en particular, de las mujeres y niños que hicieran tareas laborales. Sin embargo, concluyó Sgrosso, “...no se puede ignorar que la Constitución que pone en movimiento la reglamentación en los condiciones de trabajo es la Constitución de Méjico de 1917, con su célebre artículo 123”.¹¹

No obstante, poco después, el convencional Miró vendría a sostener la tesis opuesta, en el sentido que la constitución suiza de referencia enunciaba, con ciertos detalles, a derechos sociales, precediendo así a la de Querétaro.¹² La discusión sobre el tema de la “primicia social” no tuvo después mayor debate en la convención argentina. En definitiva, la mayoría de los convencionales entendió que el texto mejicano tenía la prioridad cronológica sobre el tema.

- b) *Libertad del empleado para concluir la relación laboral.* En el recinto de la convención, el diputado Bravo alertó que la conservación del empleo y la estabilidad laboral eran un beneficio para el dependiente, el cual, no obstante, no está obligado a continuar con el mismo “patrón”, circunstancia reconocida por algunas legislaciones, “entre las que puedo mencionar las de Méjico y Brasil”.¹³

¹⁰ *Ibidem*, p. 1395.

¹¹ *Ibidem*, p. 1313.

¹² *Ibidem*, p. 1344.

¹³ *Ibidem*, p. 1225.

- c) *Derecho de huelga*. El convencional Bravo destacó, por su parte, que “la primera nación que en el texto de su Carta Fundamental reconoce el derecho de huelga, es Méjico, en 1917”.¹⁴ También el convencional Ghioldi (José A.) sostuvo que “la mayor fuente de inspiración” del derecho de huelga, se encuentra en la constitución y la ley fundamental de México, en su artículo 123. También se remitió a ese texto y a la legislación de tal país para la definición de la coalición, huelga y paro.¹⁵
- d) *Seguro social*. El convencional Giordano Echegoyen sostuvo, al aludir a este instituto, incorporado por la convención en el referido artículo 14 “nuevo”, que la de México lo hizo por su texto constitucional, en 1917, en su artículo 123.¹⁶
- e) *Participación de los trabajadores en las ganancias y dirección de las empresas*. Al tratarse este punto, el convencional comunista Schaposnik mencionó que estaba reconocido por la constitución mexicana de 1917, pero que permanecía sin reglamentar por falta de interés de los obreros en su aplicación.¹⁷ Al debatirse el tema de la participación obligatoria o facultativa de los empleados en los réditos de las empresas, el convencional Pozzio se inclinó por la primera alternativa, mencionando el caso de la constitución mexicana.¹⁸
- f) *Derecho a sindicalizarse*. En este punto, el convencional Prat destacó que las Constituciones de México de 1917, la de Weimar de 1919 y la de la República española habían reconocido esa facultad de los trabajadores, negada en cambio por el fuero del trabajo español de 1938. Propuso que la reforma de 1957 lo asimilara en su texto constitucional.¹⁹
- g) *Principio de igual remuneración por igual tarea*. Introducido también por la convención constituyente en el artículo 14 “nuevo”, el

¹⁴ *Ibidem*, p. 1227. El convencional Schaposnik aclaró que “en Méjico el derecho de huelga lo tienen los trabajadores, pero no los empleadores, que carecen”, dijo “del *lock out* patronal”, *ibidem*, p. 1293.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 1339 y 1340.

¹⁶ *Ibidem*, p. 1237.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 1297 y 1298.

¹⁸ *Ibidem*, p. 1449.

¹⁹ *Ibidem*, p. 1400.

convencional Jaureguiberry advirtió que ya figuraba en la Constitución de México de 1917, con una redacción similar a la aprobada en Argentina en 1957. Aclaró, no obstante, que prefería la redacción empleada por la Declaración de Naciones Unidas.²⁰

- h) *Determinación del horario de trabajo*. Al discutirse en el recinto de la convención este tema, afloraron dos tendencias. Una era partidaria de señalar en abstracto la tesis de la jornada limitada de trabajo, pero sin precisar el número concreto de horas del caso, asunto que se relegaría a la legislación reglamentaria (esta postura fue la que en definitiva prosperó en la convención de 1957). La otra, en cambio, para evitar omisiones o desfiguraciones legislativas o administrativas, pretendía incluir en la misma constitución el lapso concreto de horas permitido. Así, se expidió el convencional Becerra, quien se detuvo expresamente en el debate habido respecto del artículo 123 de la Constitución de México. Citó, en esa materia, las opiniones de los diputados Lizardi, Jara, Vitoria y Manjarraz, de tal país, en pro de una determinación, por el constituyente, de un tema de tanta importancia práctica. Y exigió (sin éxito) que el constituyente se ocupara de ciertos “detalles de los derechos obreros en la Constitución”, a fin de dotarles de operatividad y eficacia concretas.²¹

La opción entre una “Constitución hipersintética” y una “detallista” ya había preocupado a los constituyentes argentinos. El convencional Ghioldi (R.), por el partido comunista, preguntó a la asamblea por qué una ley fundamental breve era presuntamente superior a una extensa. Y citó, sobre el punto, las palabras de Jara en Querétaro, cuando interrogó a esa asamblea preguntando “Quién ha señalado los centímetros que debe tener una Constitución? ¿Quién ha dicho cuántos renglones, cuantos capítulos y cuántas letras son las que deben formar una constitución?” Ghioldi observó que los textos constitucionales raquíuticos pueden conspirar contra su propio vigor normativo.²²

²⁰ *Ibidem*, p. 1436.

²¹ *Ibidem*, p. 1354.

²² *Ibidem*, p. 1170.

EVALUACIÓN

Quien compare el artículo 14 “nuevo” o “bis”, sancionado por la convención constituyente argentina de 1957, y el artículo 123 de la Constitución de Querétaro, advertirá, desde el punto de la arquitectura constitucional —esto es, desde su fachada— hondas diferencias. El texto argentino es breve, no detallista, plagado de lo que hoy se denominan “normas-principio”, en la terminología neoconstitucionalista, y antes, cláusulas “programáticas”, tributarias en aquel momento del principio de *mediación de la ley*, esto es, del dictado de preceptos legislativos reglamentarios. El artículo 123 del texto mexicano, en cambio, es mucho más extenso y detallista, más operativo y reglamentario, y eso respondía al mensaje de la mayoría de la convención constituyente, que desconfiaba de las dilaciones o de las tergiversaciones legislativas, conforme hemos indicado más arriba.

En una mirada más profunda, pueden constatare paralelismos ideológicos entre las dos convenciones (la de Querétaro y la de Santa Fe), de evidente interés. Mientras que la constitución argentina de 1949 era monotemática (inspirada en la doctrina justicialista), la convención constituyente de 1957, si bien contaba con asambleístas de partidos conservadores, el grueso (convencionales radicales, demoprogresistas, democristianos, socialistas), podrían identificarse con el centro-izquierda, sin olvidar a aquellos que, en una posición más pertrechada en la izquierda, pertenecían al partido comunista. Tal situación explica que el “espíritu de Querétaro” tuvo una mayor y muy fuerte presencia en la convención santafesina.

Esa suerte de *affectio societatis* se refleja en las reiteradas ocasiones en que la Constitución de Querétaro fue mencionada en el recinto de la convención de 1957, casi siempre con mucho respeto, voluntad de seguimiento y reconocimiento a su liderazgo en el constitucionalismo social. La disputa en torno a si este último se había iniciado con la constitución suiza de 1874 o con la mexicana de 1917, fue algo ocasional, más bien histórico-académico y sin demasiada importancia práctica. La mayoría de los constituyentes se inclinó por la tesis mexicanista.

Es cierto que no todos los constituyentes de Santa Fe parecieron conocer al detalle el texto constitucional de Querétaro, aunque algu-

nos, —muy pocos— aludieron a ciertos debates habidos en la convención de 1917. Pero fueron varios los que procuraron fundamentar sus tesis o las propuestas de la reforma, en cláusulas —no siempre precisadas—, de la carta magna mexicana.

En definitiva, el artículo constitucional aprobado por la convención constituyente de Santa Fe, aunque no del mismo modo o estilo, retrata esquemáticamente varias de las pautas anunciadas en el artículo 123 del texto de Querétaro: en particular, jornada limitada de trabajo, salario mínimo, igual remuneración por igual trabajo, participación en las utilidades, derecho a agremiarse, derecho de huelga, conciliación y arbitraje, protección del bien de familia, ciertos seguros sociales. Esa incorporación, que no es literal, la hace cuarenta años después de la Constitución mexicana de 1917: es perfectamente comprensible, por tanto, que la asimilación que comentamos haya sido refrescada por todo el constitucionalismo posterior, y adaptada a las particularidades y posibilidades del entonces momento argentino.

REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

Ese año fue aprobada, por una convención constituyente que sesionó en las ciudades de Santa Fe y Paraná, una profunda reforma constitucional nacional, que quintuplicó el espacio normativo de la Constitución.²³

Cabe reconocer que el reflejo de la constitución de Querétaro en esta enmienda fue, en comparación a la de 1957, reducido, conclusión que se explica por varias razones:

- a) Por un lado, mediaba un significativo impacto cronológico: habían pasado cerca de setenta años de la Constitución mexicana de 1917. Tan decisiva brecha producía, por ejemplo, que los derechos llamados de tercera o cuarta generación (relativos, por ejemplo, al ambiente, los usuarios y consumidores, los nuevos sujetos especialmente protegidos como los ancianos, menores o mujeres, pueblos indígenas), apenas anticipados a comienzos del siglo XX, tuvieran nuevos matices y perspectivas constituciona-

²³ Sobre esta convención, nos remitimos a Néstor Pedro Sagüés, “Introducción”, *Constitución de la nación argentina*, 10 ed., Buenos Aires, Astrea, 2004, pp. 17 y ss.

les. La venerable constitución original de 1917 había adelantado en su momento algunos aportes, pero naturalmente no podía realizar milagros de profetismo constitucional, y frente a estos horizontes novedosos, resultaba en buena medida desactualizada. El asunto fue aludido alguna vez, por ejemplo por el convencional Aráoz, quien apuntó que la protección puntual del ambiente no figuraba en constituciones sociales como las de Weimar y la mexicana de 1917.²⁴

Al mismo tiempo, relucientes constituciones de más reciente data, europeas y americanas, atraían como materiales de última generación, al par que convenciones y tratados provenientes del derecho internacional de los derechos humanos. Es llamativo, aquí, que el convencional Zaffaroni manifestara que no tenía sentido copiar la Constitución de Querétaro de 1917, porque los derechos allí contemplados se habían ya internacionalizado.²⁵

- b) Por otro, la reforma argentina de 1994 produjo algunas modificaciones explicables solamente desde un contexto local, como la reelección presidencial inmediata, la reducción del período presidencial, la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, el intento de moderar los hiper poderes presidenciales (por ejemplo, en materia de decretos de necesidad y urgencia, delegación legislativa y erección de una figura que a la postre resultó frustrada, como el “jefe de gabinete de ministros”, la planificación constitucional del Consejo de la Magistratura, poco frecuente en los albores del siglo XX). Algo parecido podría pensarse con ciertas iniciativas de democracia semidirecta, como la propuesta o la aprobación popular de leyes. En estos tramos, el texto de Querétaro, además de antiguo, podría parecer poco útil, no porque fuera erróneo, sino por atender a otras realidades y en otras etapas pretéritas.

Mucho de lo debatido en la convención argentina de 1994, en resumen, respondió a acuerdos domésticos plasmados en el “Pacto de Olivos”, celebrado el 14 de noviembre de 1993 entre el justicialismo y el radicalismo, cuyas bases, concretadas en el

²⁴ Obra de la *Convención Nacional Constituyente*, Centro de estudios jurídicos y sociales, Buenos Aires, Ministerio de Justicia de la Nación, 1997, t. V, p. 4584.

²⁵ *Ibidem*, t. V, p. 5286.

llamado “Núcleo de coincidencias básicas”, en la ley de convocatoria a la reforma constitucional 24.309, ocuparon buena parte del trabajo de la asamblea constituyente.

- c) Otro punto a tenerse en cuenta fue que, desde 1917, ciertas cuestiones habían sido ya abordadas por la doctrina y la jurisprudencia locales, y que la convención constituyente, por ello, antes de remitirse a antecedentes extranjeros, utilizara insumos de tipo doméstico, muchas veces elaborados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina, o la legislación subconstitucional, y en otras ocasiones, valiosos precedentes emanados del derecho público provincial del país, muy rico y variado en respuestas constituyentes.
- d) A lo expuesto cabe agregar que la frondosidad del texto de Querétaro, podría atentar contra su lectura fácil y útil. Artículos constitucionales muy extensos, formados con incisos catalogados con números romanos, no invitaban necesariamente a su contemplación jurídica.

Todo lo dicho explica, por ejemplo, que al tratarse el proceso constitucional del amparo, el miembro informante del despacho mayoritario, en plena convención de 1994, no mencionara la raíz mexicana del instituto,²⁶ y que tampoco se hablara de México en el tema de la elección directa por el pueblo, y no por colegios electorales, del presidente de la República.²⁷

Esta puntualización es sin perjuicio de la mención de la Constitución de Querétaro en alguno de los proyectos que se presentaron a la asamblea constituyente, o en las “inserciones” al diario de sesiones, donde varios convencionales mencionaron a la Constitución de México, en los trabajos que acompañaron, para fundamentar sus propuestas. Por ejemplo:

- a) *acción de amparo*. Para fundar la necesidad de constitucionalizar expresamente a la acción de amparo, los convencionales Romero Feris y Cornet: citaron en sus documentos aportados a la asam-

²⁶ *Ibidem*, t. VI, pp. 5855 y ss.

²⁷ *Ibidem*, t. V, p. 4885

blea, a la Constitución mexicana.²⁸ También, ocasionalmente (por ejemplo, sobre el mismo asunto del tratamiento explícito del amparo en la Constitución), la convencional Oliveira elogió al amparo mexicano y a la constitución de Querétaro, en el curso del debate.²⁹

- b) *salvaguardia de la constitución*. Otro momento donde se invocó la Constitución mexicana de 1917, fue en ocasión de discutirse la norma constitucional argentina del hoy artículo 36, en el sentido de mantener el imperio de la Constitución aunque se interrumpiere su observancia por actos de fuerza. La convencional Dressino recordó, en tal sentido, al artículo 136 del texto mexicano, fuente —entre otros— del precepto que se proponía y que resultó aprobado.³⁰ Remitiéndose al mismo artículo de la Constitución de Querétaro, el convencional Torres Molina entendió que los autores y cómplices de los delitos contra el orden constitucional, debía ser juzgados.³¹
- c) *reelección presidencial*. Digamos también que en alguna oportunidad la Constitución de Querétaro fue esgrimida para impedir una iniciativa de reforma. Así ocurrió respecto del discutido tema de la reelección presidencial (que la convención aceptó, por un periodo inmediato posterior, y con otra posibilidad más tarde, pero dejando como intervalo o hueco, otro periodo). Se recordó, al respecto, que por el contrario, el texto mexicano prohibía toda posibilidad de repetir un turno en el ejercicio del poder ejecutivo.³²
- d) *jerarquía jurídica de los tratados internacionales*. En este punto, el convencional Berhongaray apuntó que la Constitución mexicana equiparaba esos tratados con las leyes; y en cambio, fundamentó su tesis del otorgamiento de rango constitucional a algunos de ellos, en particular referidos al derecho internacional

²⁸ *Ibidem*, t. VII, pp. 7238 y 7242.

²⁹ *Ibidem*, t. VI, p. 5879.

³⁰ *Ibidem*, t. V, p. 4460.

³¹ *Ibidem*, t. V, p. 4484.

³² *Ibidem*, t. IV, p. 3914, Informe de la Convencional Avelín de Ginestar Ante la Comisión de Coincidencias Básicas, de la asamblea constituyente.

de los derechos humanos, moción que prosperó y que hoy figura en el artículo 75, inc. 22 de la Constitución argentina.³³

COLOFÓN

La Constitución de Querétaro es para Argentina un ícono ideológico y un producto jurídico-político venerado y de prestigio, de continua cita obligada. Su penetración en la constitución nacional fue acentuada en la reforma de 1957, donde iluminó muchas de las directrices contenidas en el importante artículo 14 “nuevo” o “bis”, que suma a Argentina al constitucionalismo social, y resultó invocada en múltiples ocasiones por los convencionales actuantes, para justificar puntos muy relevantes de la enmienda. Es obligado reconocer, desde luego, que esas remisiones no fueron siempre precisas ni absolutamente exactas, pero sí evidenciaron una voluntad de seguimiento al modelo de 1917.

La reforma constitucional de 1994 no tuvo presente a Querétaro con tanta asiduidad. El tiempo no había pasado en vano, y nuevas realidades exigían nuevas recetas constitucionales. Además de ello, las circunstancias internas provocaron enmiendas de mucho sabor local, algunas exitosas y otras no felices, para las que no podía ser tan provechoso el, sin embargo, respetado texto mexicano. Aun así, este último instrumento impregnó algunas significativas cláusulas aprobadas por esa convención constituyente argentina.



³³ *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente 1994*, Buenos Aires, Imprenta del Congreso, 1994, p. 704, sesión del 6 de junio de 1994.

100 AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA: SU INFLUENCIA EN EL CONSTITUCIONALISMO ECUATORIANO

Hernán Salgado Pesantes*

PROPÓSITO

La Constitución de Querétaro, promulgada el 5 de febrero de 1917, es producto de una Revolución institucionalizada por la vía del derecho y tiene como objetivo, sobre todo, la conquista de la justicia social. Su influencia —en mayor o menor grado— se dejó sentir en los países latinoamericanos, Ecuador no estuvo ausente de esta influencia; en el presente trabajo trataré de encontrar sus huellas.

ANOTACIONES PARA UN PARALELISMO HISTÓRICO

Los acontecimientos que dieron lugar a la Revolución mexicana y culminaron en Querétaro con la Constitución de 1917 son bastante conocidos, no así los hechos que ocurren en la inestable República del

* Doctor en derecho por la Universidad de Guayaquil. Doctor (*Phd*) en ciencias políticas por la Universidad *Panthéon Sorbonne* de París. Profesor Principal de Derecho constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (1978-2013). Antiguo Decano de su Facultad de Jurisprudencia. Ex magistrado del Tribunal Constitucional. Ex presidente y juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (periodos 1992-1997 y 1998-2003). Ex magistrado de la Corte Suprema del Ecuador (2005-2008). Presidente de la Sección Ecuador del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

Ecuador y que van a servir de marco para la promulgación de una Constitución —en 1929— que se diferencia de los demás textos ecuatorianos por instaurar en el país andino el constitucionalismo social con sus nuevos paradigmas.

Si se trata de encontrar la influencia de hechos e ideas en el mundo jurídico constitucional, en este caso la influencia de la Constitución mexicana de 1917, es oportuno en mi criterio repasar muy sucintamente algunos acontecimientos ocurridos en mi país que explican el advenimiento de los derechos sociales y económicos, así como su concreción en normas constitucionales. Es en este ámbito donde puede medirse el grado de influencia de la Constitución de Querétaro.

Para la época de la Revolución mexicana (1910-1916), la República del Ecuador atravesaba situaciones de conflicto político, entre las que se destaca una lucha armada en contra del gobierno donde los opositores fueron vencidos y tomados presos los principales líderes encabezados por el general Eloy Alfaro, quien años antes (1895) hizo triunfar la causa liberal y abrió paso a importantes transformaciones políticas y sociales que dieron lugar a la Constitución liberal de 1906. Estos hechos tuvieron un trágico desenlace con el asesinato de Alfaro y de sus compañeros de armas en 1912.¹

En los años posteriores a la muerte de Alfaro, hubo una aparente estabilidad en medio de las constantes reivindicaciones sociales y económicas; los presidentes se reconoce que fueron de filiación liberal.² Para 1917, el Congreso Nacional mediante una ley estableció la jornada ordinaria de ocho horas de trabajo y una jornada semanal de 48 horas, con descanso remunerado para los días domingos y festivos legalmente determinados. Este camino significaba el inicio de un sistema social de protección, al tiempo que se situaban a los derechos laborales básicos dentro del orden público con su carácter de irrenunciables.

¹ El general Eloy Alfaro encabezó la Revolución liberal iniciada en 1895 y después de ser jefe supremo fue elegido por dos ocasiones presidente de la República (1897-1901 y 1907-1911), fue un impulsor de las libertades, dio pasos importantes para la transformación social y del progreso del país.

² Cfr. Oscar Efrén Reyes, *Breve historia general del Ecuador*, 16a. ed., tt. II y III, Quito, Imprenta Don Bosco, s. f., pp. 270 y ss. Alfredo, Pareja Diezcanseco, *Ecuador, La República de 1830 a nuestros días*, Quito, Editorial Universitaria, 1979, pp. 335 y ss.

El 15 de noviembre de 1922, en un contexto de huelgas, tuvo lugar una enorme manifestación obrera en Guayaquil que reclamaba por la carestía de la vida y fue violentamente reprimida por el Ejército, ocasionando centenares de muertos, hecho que marca el comienzo de la lucha del sindicalismo en el Ecuador. Para 1925, con el afán de rehacer la maltrecha economía del país y terminar con la hegemonía político-financiera de la plutocracia bancaria, estalló una insubordinación militar promovida por jóvenes oficiales, conocido como la transformación juliana.³

Entre otras tesis político-sociales proclamadas en esta transformación, se contemplaba una reforma económica que garantizaba la función social de la propiedad, el poder adquisitivo de los salarios, una política monetaria autónoma, optimización de la salud y del trabajo—incluso de la vivienda— con la creación de un instituto de seguridad social, nuevas políticas laborales, masificación de la educación y la modernización del aparato administrativo del Estado. Naturalmente, las reivindicaciones en materia de trabajo, salud, educación, vivienda, seguridad o previsión social, y de la función social de la propiedad, entraban en el campo de aquellos derechos inherentes a la dignidad humana, conocidos como derechos fundamentales.

A los mencionados derechos se agregaron los derechos políticos de participación ciudadana bajo dos tendencias: una que exigía poner fin al fraude electoral que había caracterizado a las elecciones presidenciales y legislativas, impidiendo que el voto ciudadano tuviera una real significación y peso en la política del Estado; la segunda tendencia que se fue abriendo camino—desde la época de Alfaro— era la relativa al sufragio femenino, la cual se consideró que ya era tiempo de que la mujer interviniera de un modo activo y directo en la vida política, lo que implicaba ampliar el sufragio e ir al sufragio universal, dejando atrás el sufragio restringido.

La transformación juliana de 1925 no buscó designar a militares para ejercer el gobierno provisional, el cual debía durar el tiempo necesario hasta volver al Estado de derecho mediante la convocatoria de

³ Los jóvenes militares que dieron el golpe de Estado el 9 de julio de 1925, habían recibido la influencia de misiones militares extranjeras, particularmente la italiana, como se verá luego.

una Asamblea Constituyente que plasmara en una nueva Constitución las tesis, los principios y los derechos que inspiraron al movimiento juliano, para así dar paso a ese anhelo de modernidad que trajo el siglo XX y, al mismo tiempo, buscar la superación de las pugnas estériles entre las facciones liberales y las conservadoras.

Dicho gobierno provisional fue puesto en manos de vocales civiles hasta que el Alto Mando Militar designó como presidente provisional a un distinguido médico y profesor universitario, el doctor Isidro Ayo-ra, quien concretaría la modernización administrativa al traer al país a la Misión Kemmerer, que ya había actuado en otras naciones. Como resultado de la modernización estatal aparecieron nuevas instituciones que desde entonces cumplieron un papel positivo, así: el Banco Central encargado de manejar la política monetaria con autonomía; organismos de control en diversos ámbitos como la Contraloría General del Estado, la Superintendencia de Bancos, la Dirección General de Aduanas y otras entidades.

También se creó la denominada Caja de Pensiones para garantizar la jubilación de empleados y trabajadores como un primer esfuerzo para establecer la institución de la seguridad social. Con el fin de atender las relaciones capital-trabajo y los conflictos laborales, se estableció la Función Ejecutiva al Ministerio de Previsión Social y Trabajo.

ALGUNAS REFLEXIONES AL MARGEN DE LA HISTORIA

Al examinar los hechos que se dieron en México antes y durante su Revolución, es decir a finales del siglo XIX y primeras décadas del siglo XX, puedo llegar a la conclusión de que existen similitudes en muchos aspectos entre los graves problemas políticos y sociales que aquejaron a México con lo ocurrido en tierras ecuatoriales, desde luego guardando las debidas proporciones.

Entre los graves problemas sociales sobresale la explotación del trabajador u obrero, con salarios ínfimos y una carga laboral excesiva, muchas veces con desarraigo de su familia. En ese contexto de pobreza, sólo queda la resignación o la rebelión y en ésta se condenará todo el sufrimiento en la medida en que se lo vive. Por ello, las

insurgencias son como fuerza de la naturaleza física que arrasa todo a su paso, cualquiera que sea el resultado. La Revolución mexicana lo pone en evidencia con los momentos dramáticos que se vivieron, igual ocurre en el Ecuador de este periodo con la Revolución alfarista y el fatídico día de la masacre de los trabajadores ecuatorianos (22 noviembre 1922).

Y la angustia social se acrecienta ante la enfermedad, la desnutrición crónica, los accidentes laborales, el desempleo y la vejez. La muerte misma, para ser digna, tiene sus exigencias. Siempre pensé que en este contexto de dolor y miseria humanas, el derecho a la propiedad resultaba un escarnio. O, como bien calificaba Marx al referirse a los derechos del individualismo liberal, de ser una ilusión burguesa y valga recordar también aquella expresión de *“proletarios del mundo uníos... nada tienen que perder sólo sus cadenas”*.⁴ Expresión semejante a las admoniciones de los profetas bíblicos.

Entre los problemas políticos que pesan sobre los dos países (mirando la época señalada) se destaca la represión gubernamental frente a las huelgas y a los reclamos como el mejor antídoto para mantener el orden, e incluso se llega al convencimiento que de este modo ¡subsiste el Estado de derecho y la misma democracia!⁵

En cuanto a las elecciones presidenciales el fraude está presente, por diversos medios. Queda claro que la participación popular no es posible mientras subsisten aquellas condiciones adversas al desarrollo de la persona y su familia. La marginación política, que va junto con la social, es el resultado del analfabetismo, de la falta de trabajo y del goce de los derechos económicos y sociales que justamente —para esta época— hacen su aparición en nuestros países latinoamericanos.

Podría proseguir con estas anotaciones pero dejémoslas para retomárlas en el análisis de la Constitución ecuatoriana de 1929, fuente de nuestro constitucionalismo social.

⁴ Manifiesto del Partido Comunista de 1848.

⁵ Numerosas son las citas de declaraciones del dictador Porfirio Díaz en México en vísperas de la Revolución, así como de las autoridades ecuatorianas para explicar la masacre de trabajadores en Guayaquil. Cfr. Feliciano Calzada Padrón, *Derecho constitucional*, México, UNAM-Harla, 1990, pp. 103 y ss.

LA INFLUENCIA MEXICANA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1929

Está fuera de duda que en el mundo jurídico, la Constitución mexicana de 1917 ejerció una influencia positiva para impulsar el constitucionalismo social de posguerra en el Ecuador. Y como el fenómeno jurídico se inserta en la dinámica social, política y económica, entonces la onda de influencia se expande y agranda.

Los constituyentes de Querétaro, al buscar soluciones para los graves problemas del país, pusieron en alto la dignidad humana como punto de partida para toda gestión política, lo que significaba ahondar en el núcleo esencial de nuevos derechos necesarios para el desarrollo integral del ser humano. Las normas constitucionales dictadas en 1917 en el ámbito de los llamados derechos de segunda generación fueron un mensaje que sería tomado en la mayoría de países.⁶ Tal mensaje lo recogió el Ecuador en su momento para desarrollar la parte dogmática de la Constitución de 1929, con nuevos principios, derechos y valores.

En lo fáctico, determinados personajes de la Revolución mexicana fueron conocidos por los ecuatorianos; es el caso de Pancho Villa y de Emiliano Zapata que con sus realidades y sus leyendas cautivaron la atención de muchos. Otros siguieron con interés o preocupación, según el caso, la radicalización de la Revolución con respecto a cuestiones sensibles como la agraria, las relaciones Iglesia-Estado, al igual que las relaciones obrero-patronales.

Cabe señalar también otras influencias que en aquella época incidieron en el quehacer jurídico y político. En primer lugar, la Revolución rusa de 1917, fraguada con la ideología marxista-leninista, tuvo una acogida diversa en los estratos laborales y en sus dirigentes, los cuales se identificaron con los postulados marxistas y soviéticos. Estos militantes acompañaron las huelgas y reclamos de la clase obrera y estuvieron presentes en la Constituyente de 1928-1929 con la bandera socialista.

Otra interesante influencia que no ha sido suficientemente investigada es la del gobierno italiano. Sabemos que para 1922, Mussolini ha-

⁶ Cfr. Jorge Carpizo, *La Constitución mexicana de 1917*, 7a. ed., México, UNAM-Porrúa, 1986.

bía tomado el poder y luego se consolidaría como *Duce*. Se ha señalado que los jóvenes militares que participaron en la transformación juliana tuvieron algún grado de influencia de parte de las misiones militares extranjeras, particularmente la italiana.⁷

Lo que está claro es que la Constitución de 1929 trajo una nueva institución preconizada por el fascismo corporativista: la representación funcional para agregarla a la Cámara del Senado, aparte de los senadores elegidos de forma tradicional. Este sistema de representación constará en los textos constitucionales hasta la década de 1970, con variantes en el número de representantes y de las organizaciones representadas.

En esta cuestión me permito hacer una digresión para señalar algunos aspectos sobre este tema que fue debatido en mi país. La Carta Política de 1929 dispuso que los “Senadores de representación funcional” fueran en número de 15 y que serían elegidos en la forma determinada en la Ley de Elecciones, éstos serían (según el artículo 33 numeral 3):

un representante de las Universidades; uno del Profesorado Secundario y Especial; dos del Profesorado Primario y Normal; uno del Periodismo, y Academias y Sociedades Científicas; dos de la Agricultura; dos del Comercio; uno de la Industria; dos del Obrerismo; dos de los Campesinos, y uno de la institución Militar.

En mi criterio personal, esta designación estuvo adecuada para la época, no obstante la fama de su origen; muchos juristas europeos influenciados por las corrientes sociológicas como León Duguit, vieron viable esta forma de representación política, pues aparte de los individuos y partidos existen otros elementos que constituyen la infraestructura del edificio social y que son los grupos fundados sobre la comunidad de intereses y del trabajo, los grupos profesionales.

No se puede negar algunos aspectos positivos de la representación funcional en cuanto permite a determinadas organizaciones con intereses sociales, económicos y culturales como son los agricultores,

⁷ Cfr. Luis Robalino Dávila, *El 9 de Julio de 1925*, Quito, Editorial La Unión, 1973, pp. 70-71. Alfredo Pareja Diezcanseco, *Ecuador. La República de 1830 a nuestros días*, Quito, Editorial Universitaria, 1979, p. 341.

trabajadores, comerciantes, periodistas, profesores, inclusive militares, puedan representar a sus organizaciones y defender los legítimos intereses grupales; los cuales de otro modo quedan excluidos dado el sistema de la representación política y de las elecciones populares, pues carecen de actividad proselitista al no ser organizaciones estructuradas como los partidos ni tener como fin captar el poder. Además, sus intereses profesionales propios de su quehacer no encuentran eco dentro de los intereses políticos del electorado.

Lo negativo se presenta cuando estos grupos se desarticulan, no están organizados democráticamente, si su representatividad o trascendencia social es mínima. En tales casos, quienes los representen lo serían de fracciones pequeñas y privilegiadas, excluyendo a los demás miembros, desvirtuando su razón de ser.

Esta representación funcional que apareció en 1929 se mantuvo en los textos constitucionales con algunas variantes, fue eliminado de modo definitivo por la carta política de 1978-1979. Indudablemente los tiempos eran otros.

EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL EN EL ECUADOR

Como fue dicho, con las diversas influencias, particularmente la de la Constitución mexicana de 1917, se introdujo en el Ecuador el constitucionalismo social. Fue un paso trascendental en la estructuración jurídica del Estado, la razón de lo dicho está en que el constitucionalismo social agregó una nueva dimensión al constitucionalismo clásico de los siglos XVIII y XIX, que si bien estableció el Estado de derecho, sin embargo prefirió que el Estado se abstenga de actuar, poniendo en práctica el principio *laissez faire, laissez passer*, que fue el resultado de la libertad económica del mundo liberal.

Para el siglo XX, la nueva dimensión estaría dada por la necesidad de que el Estado interviniera activamente, tanto para satisfacer las demandas —cada vez mayores— de servicios públicos como para hacer posibles los derechos económicos, sociales y culturales, comenzando por el trabajo, la seguridad social, la salud y la educación hasta llegar a la protección de la familia, los menores, la mujer, etcétera. Esta dimen-

sión está implícita en la expresión de Estado social de derecho que van a utilizar algunas Constituciones de posguerra, como la de España.

Con respecto a los derechos económicos y sociales se puede afirmar que ya no se trata de buscar fórmulas jurídicas para afianzar la libertad de los hombres, sino medios preferentemente materiales de tipo económico para superar las diferencias que produjo el desarrollo capitalista, particularmente de los Estados industrializados.

Los hechos suscitados en el Ecuador en las primeras décadas del siglo XX acrecentaron la idea de buscar soluciones urgentes a los problemas inmediatos de la población que muchas veces rayaban en situaciones inhumanas, ya por los salarios de hambre, viviendas miserables, alimentación nula, ya por las enfermedades y la represión constante de las autoridades. En suma, las condiciones eran degradantes para la dignidad humana.

En este contexto habrá de ser convocada una Asamblea Constituyente en 1928, encargada de elaborar una nueva carta política que recoja las cuestiones esenciales del constitucionalismo social de posguerra, presente ya en la Constitución mexicana de 1917, a la que seguirá la de Weimar de 1919 y las soviéticas: de 1918 la rusa, y la de la URSS de 1924.

Para el siglo XX existe una mayor conciencia de que la Constitución organiza un sistema de convivencia política, fundado en normas y valores como la libertad, la igualdad, la justicia, el orden y la solidaridad. La Constitución recoge los valores de la comunidad, no los crea, y su normativa se convierte en un instrumento para la realización de los fines que la sociedad ha determinado. Empero, si en determinado momento histórico y por diversas causas estos valores y normas no se concretan en la realidad, esta situación va a afectar la convivencia política, sumiéndola en inseguridad e inestabilidad.

Por lo expresado, resulta importante enseñar al ciudadano común cuál es el significado de tener una Constitución, y comprender que no se trata de una ley más, aunque se diga ser la de mayor jerarquía.

La Constitución —como el Estado— existe en función del grupo humano. Todo ciudadano, y más aun los que ejercen roles políticos o funciones de gobierno, deben tener la convicción de la obligatoriedad de las normas constitucionales y, en consecuencia, acatarlas; ésta es la

función de legitimidad que la Constitución posee. De su voluntario cumplimiento dimana el orden político y la paz social.

En este marco de ideas, la Constitución de México ha cumplido un papel relevante y como bien expresan los profesores Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona:

La Constitución ha sido en México un texto fundamental en el sentido más pleno de la palabra. Su carga histórica es tan grande, que en la Constitución los mexicanos recrean la herencia ideológica de nuestros sacudimientos sociales, los avances que logró el movimiento revolucionario —en el siglo XX— y los principios que rigen a la sociedad civil en el presente.⁸

Los citados autores igualmente destacan que, la Constitución mexicana de 1917 se ha vuelto símbolo tanto de estabilidad política como de unidad nacional, en torno a la cual los partidos, los grupos políticos y los propios ciudadanos han desenvuelto las actividades que les son propias.

Este sentimiento cívico que irradia la Constitución de Querétaro, al llegar a sus cien años de existencia, se presenta tan acendrado que es difícil de cultivar en los pueblos, por eso hay que mantenerlo y acrecentarlo, tanto porque echa raíces en la historia viva, como por su influencia determinante para vislumbrar un destino común.

LA CONSTITUCIÓN DE 1929 Y LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES⁹

Es a partir de la Constitución de 1929 que el Ecuador instaure, propiamente, los nuevos derechos económicos, sociales y culturales: complemento indispensable de los derechos civiles y políticos y a los cuales dan sentido y real concreción. Esta regulación de los derechos fundamentales, por su contenido y extensión, supera a lo establecido en las anteriores Constituciones: a más de los derechos civiles y políticos que

⁸ Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 8a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 110.

⁹ Hernán Salgado Pesantes, *Lecciones de derecho constitucional*, 4a. ed., Quito, Ediciones Legales, pp. 92 y 93.

habían venido incrementándose desde la fundación del Estado ecuatoriano, ahora se incorporan otros para cuya concreción el Estado debe necesariamente intervenir con miras a implantar la justicia social.

El catálogo de los nuevos derechos aparece en la parte segunda, título XIII, y son agrupados —en lo esencial— en un solo artículo, el 151, en 30 numerales. Esta reunión de disposiciones bajo un único artículo no ha sido común. La Constitución tiene un total de 169 artículos y 14 disposiciones transitorias. La Asamblea Nacional Constituyente se reunió en Quito el 9 de octubre de 1928 y promulgó la nueva Ley Suprema el 16 de marzo de 1929, es decir, se elaboró en cinco meses. Entre los constituyentes hay conservadores, liberales y socialistas, la ideología de estos últimos se integraba a la vida política del Estado.

Como punto común con la norma constitucional de México, vale destacar que los derechos están garantizados a todos los habitantes del Ecuador y no solamente a los nacionales, cuestión que hoy está fuera de discusión.

El esquema constitucional de los derechos sociales y económicos es el siguiente:

- Protección al trabajo y al trabajador.
- Dispuso que la ley fije: la duración de las jornadas de trabajo, los salarios mínimos con su carácter inembargable, el descanso semanal obligatorio, los seguros sociales, la salubridad y la seguridad de establecimientos industriales, el trabajo de mujeres y niños, la regulación de huelgas y paros.¹⁰
- Obligatoriedad de indemnizar los accidentes de trabajo.
- Derecho de obreros y patronos a formar sindicatos o asociaciones profesionales.
- Derecho de propiedad, limitada por su función social.
- Propiedad del Estado sobre el subsuelo.
- Prohibición de los monopolios no autorizados por la ley.

¹⁰ Antes y después de esta Constitución, se dieron diversas leyes laborales que serían reunidas en el Código de Trabajo, promulgado en noviembre de 1938. Para conocer la evolución de las diversas áreas de la seguridad social puede consultarse la interesante obra colectiva dirigida por Jorge Núñez, *Historia del Seguro Social ecuatoriano*, Quito, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, 1984.

- Intervención del Estado para la construcción de vivienda barata en pro de los trabajadores obreros y campesinos.
- Derecho a la asistencia, higiene y salubridad públicas.
- Libertad de educación y de enseñanza, cuyo presupuesto se incrementará hasta el 20% de las rentas estatales.
- Protección al matrimonio, a la familia y al haber familiar; la ley protegerá la maternidad y la infancia.
- Protección al niño, que contará con una partida presupuestaria especial.
- Derecho de los hijos ilegítimos a ser criados y educados por sus padres, a heredarles en la proporción que señale la ley, a investigar la paternidad.

Respecto de este último punto, años después, la Constitución de 1945 establecerá que los hijos ilegítimos tienen los mismos derechos que los legítimos respecto de la crianza, educación y herencia (artículo 142).

En el amplio mundo del trabajo —que por mandato constitucional será objeto de especial protección por parte del Estado—, se incluye de modo expreso para dicha finalidad al obrero y al campesino; se dispone que el Estado “legislará para que los principios de justicia se realicen en el orden de la vida económica, asegurando a todos un mínimo de bienestar, compatible con la dignidad humana” (artículo 151, numeral 18, inciso tercero).

Adicionalmente se prescribe que la ley fije la jornada máxima de trabajo, el descanso semanal obligatorio, la forma de determinar los salarios mínimos y establezca los seguros sociales; que la ley reglamente lo relativo a huelgas y paros, las condiciones de salubridad y de seguridad de los establecimientos industriales. Se declara obligatoria la indemnización de los accidentes de trabajo, la cual también será materia de regulación legal, y de modo especial se regulará lo referente al trabajo de las mujeres y de los niños (incisos finales del numeral 18 del artículo 151).

La norma constitucional declara al salario mínimo libre de embargo, compensación o descuento; por otro lado, reconoce en obreros y patronos el derecho de asociarse en defensa de sus intereses, formando sindicatos o asociaciones profesionales. “Para la solución de los conflic-

tos del capital y el trabajo” se dispone la conformación de tribunales de conciliación y arbitraje (artículo 151 numeral 24).

En materia de derechos civiles, la Constitución de 1929 agregó nuevas disposiciones:

- El “derecho de *habeas corpus*” (propiamente es una garantía) para proteger la libertad física.
- La extradición se concederá en virtud de una ley o de un tratado, pero nunca por infracciones políticas.
- En concurrencia de dos leyes penales se aplicará la menos rigurosa, aun si fuere posterior; y,
- Proclamó que la enumeración de derechos y garantías que hace la Constitución no es limitativa ni excluyente de otros derechos.

Todos estos mandatos constitucionales encierran un profundo contenido y trascendencia, y para la época constituye un significativo avance. Para México, como conocemos, el *habeas corpus* está configurado en la institución del amparo y lo desarrollaron tempranamente. En el Ecuador aparece a fines del siglo XIX, y en 1929 alcanza el nivel constitucional (artículo 151 numeral 8).

La garantía fundamental del *habeas corpus* irá perfeccionándose hasta llegar a la actual Constitución de 2008, la cual además de disponer el tradicional procedimiento rápido y expedito enriquece su contenido convirtiéndole en un instrumento de protección de la vida e integridad de las personas privadas de libertad; de protección contra cualquier forma de tortura, trato inhumano, cruel o degradante; además, puede brindar protección en aquellos casos de presunta desaparición forzada (artículos 89 y 90).¹¹

El último punto relativo a no limitar ni excluir otros derechos que no consten en la Constitución, como se sabe, es un importante principio de la doctrina de los derechos humanos proclamada por los tratados y convenios internacionales en esta materia, el principio de norma o cláusula abierta, que hoy, de modo general, consta en las Constituciones.

¹¹ En este tema, la Constitución ecuatoriana 2008 se orientó por la rica jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, construida sobre casos dolorosos de víctimas o de sus familiares que acudieron a reclamar justicia en el sistema interamericano.

En lo relativo a los derechos políticos que permiten la participación ciudadana, también se presentan avances significativos en la Constitución de 1929. Téngase presente que a través de esta participación el pueblo ejerce la soberanía y elige a sus representantes. Por ello, el sufragio y los órganos electorales constituyen una institución básica de toda democracia.

En el Ecuador también se instituyó el sufragio restringido, deficiencia que trajo el constitucionalismo clásico y que sería corregido por el constitucionalismo social, el cual afectaba radicalmente al gobierno que debía ser representativo; esto no obstante la eliminación dada por la Constitución de 1861 de la capacidad económica para ser ciudadano (sufragio censitario) y de ser introducido —allí mismo— el sufragio de carácter directo (sin grandes electores). Sin embargo, hubo que esperar la Ley Fundamental de 1929 para hablar de sufragio universal, cuando la mujer se incorpora a los derechos políticos y la carta política de 1978-1979 que elimina el último rezago de saber leer y escribir para ser ciudadano.

Establecer en 1929 el voto femenino es otro punto que entraña un avance incuestionable para la época que pone de manifiesto que el constitucionalismo ecuatoriano tiene conquistas respetables en el concierto de naciones. Igual comentario haría respecto del órgano de control constitucional concentrado, el Tribunal de Garantías Constitucionales creado en la Constitución de 1945, en este caso la inestabilidad política destruyó prontamente a esta construcción institucional, como ha ocurrido en otras ocasiones (en tales casos me pregunto si estos políticos ¿practican el anarquismo o son nihilistas?).

En la esfera electoral se abrió paso a la representación de las minorías en las elecciones pluripersonales y se elaboró una regulación para dar a esta representación de minorías un carácter proporcional.

Si bien la Constitución de 1929, llamada a remplazar a la liberal de 1906, toma una feliz iniciativa en el campo de los derechos sociales y económicos, de situarse en el camino del sufragio universal, de tratar de establecer una función electoral autónoma, además de otras innovaciones; sin embargo, hay que señalar que incurre también en graves desaciertos al introducir, en forma aislada, algunos elementos que son propios del régimen parlamentario.

Entre esos elementos del parlamentarismo están el Consejo de Ministros con atribuciones específicas, la responsabilidad solidaria, el voto de desconfianza, los cuales, por un lado, debilitan al presidente de la República en sus atribuciones y, por otro, fortalecen al Congreso que —con un voto de desconfianza— puede destituir al Consejo de Ministros (es decir, a todo el gabinete presidencial) sin tener en contrapartida la disolución del Legislativo. Y esto es lo que sucedió en los años posteriores en la presidencia del doctor Martínez Mera, en 1933, su gabinete de ministros fue destituido por el Congreso por siete ocasiones y concluyó con la declaratoria de vacante de la Presidencia.¹²

En suma, la adopción de elementos del régimen parlamentario, de manera aislada, fue negativa. A la postre acabaron desarticulando al sistema presidencial. Lamentablemente, estos aspectos unidos a factores políticos y socioeconómicos de la época, determinaron la breve vigencia de la Constitución de 1929 que abrió camino al constitucionalismo social en el Ecuador.

EL AMPARO MEXICANO Y UNA NOTA DISCORDANTE

Por último, haré referencia a la institución del amparo que México la ha desarrollado en alto grado. En cuestión tan importante, el constitucionalismo ecuatoriano quedó rezagado por un tiempo, pues como se vio, la carta política de 1929 no incluyó al amparo, si bien elevó a rango constitucional al *habeas corpus*. Se desconocen las razones de los constituyentes para pasar por alto este mecanismo esencial para la protección de los derechos fundamentales. Si tal vez lo identificaron con el *habeas corpus* cometieron un error.

La Constitución codificada de 1998 desarrolló con amplitud la acción de amparo, igual lo haría la actual de 2008, pero sus constituyentes prefirieron tomar la denominación de “protección” de la misma manera que la Constitución chilena de 1980 lo hiciera bajo el régimen del general Pinochet. ¿Qué razón había para cambiar un *nomen iuris* reconocido a nivel internacional? Además de su antigüedad, avalada

¹² Alfredo Pareja Diezcanseco, *op. cit.*, pp. 370 y 371.

por México desde la Colonia, le confiere una jerarquía mayor al instrumento que se llama amparo; el cual, en mi entender, comparte con la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos la finalidad de garantizar los derechos fundamentales.

Un comentario más sobre el amparo tan caro a México y conocido como “acción de protección” por la Constitución ecuatoriana actual. Se afirmó que ésta desarrolla al amparo con igual o mayor contenido que la codificación constitucional anterior (de 1998). Sin embargo, debo señalar con disgusto que la respectiva Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de 2009, de manera abiertamente inconstitucional restringe la acción llamada de protección (o amparo) a los casos en que no existe otro mecanismo de defensa judicial, es decir, transforma al amparo en una acción residual en contraposición a la ley suprema que no la concibió de esta manera.

Lo dicho consta en los artículos 40 numeral 3 y 42 numeral 4 de la referida Ley y la Constitución lo trae en el artículo 88. Es inconcebible que una Ley Orgánica viole la Ley Suprema y que existan seudojuristas que transiten por este camino. Este es un caso más de la desvalorización de la Constitución (tema recurrente de mis últimos trabajos).

A MANERA DE CONCLUSIÓN

Como se dijo, la Constitución de Querétaro, promulgada el 5 de febrero de 1917, es producto de una Revolución institucionalizada por la vía del derecho, cuyo objetivo máximo es la conquista de la justicia social. La normativa constitucional alcanzó tal objetivo, especialmente, mediante la reivindicación de los derechos del trabajo y de sus diversos componentes, la previsión social y la salud; de expandir la educación y ponerla al alcance de los estratos sociales menos favorecidos. La regulación de la propiedad —sobre todo la agraria— también fue normada.

Con este reconocimiento de los nuevos derechos, de incidencia económica, se daba inicio a un amplio sistema social de protección, al tiempo que se situaba a muchos derechos dentro del orden público con su carácter de irrenunciabilidad, como los laborales esenciales, los de familia, la propiedad social, etcétera.

De esta manera se cristaliza en Latinoamérica —y en Europa— el denominado constitucionalismo social que, en mi concepto, revitaliza al constitucionalismo clásico al corregir sus deficiencias. Todos conocemos los antecedentes ideológico-doctrinarios y políticos que, particularmente a partir de la segunda mitad del siglo XIX, impulsan a la sociedad y a sus representantes a buscar nuevas fórmulas de gobierno que reduzcan —al menos— la profunda desigualdad de los diferentes estratos sociales.

El Ecuador recibió la influencia de la Constitución mexicana de 1917 y entre los avatares propios de la inestabilidad política e institucional alcanzó a introducir el constitucionalismo social —en sus aspectos básicos— en la Ley Fundamental de 1929 y, quizá, lo que es más importante —dado que las Constituciones ecuatorianas son efímeras en su duración— pudimos plasmar en las instituciones políticas del Estado los nuevos conceptos de justicia social especialmente en lo concerniente al trabajo y a la previsión social; en un plano menor se atendió la salud y la educación.

Como colofón final, quisiera recoger la lección que la historia nos deja a los ecuatorianos. No es suficiente que nuestras asambleas constituyentes nos entreguen magníficos catálogos de derechos humanos, como ocurrió en 1929 y después en 1945 y recientemente en 2008. Es imperativo que nuestra Constitución tenga una vigencia real y concreta. Tal parece que nos acompaña la denuncia que en 1843 hiciera Vicente Rocafuerte de crear una Constitución de papel, el mismo Rocafuerte que supo servir con patriotismo a México y al Ecuador.

BIBLIOGRAFÍA

- CALZADA PADRÓN, Feliciano, *Derecho constitucional*, México, UNAM-Harla, 1990.
- CARPISO, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, 7a. ed., México, UNAM-Porrúa, 1986.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y Salvador Valencia Carmona, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 8a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.
- MARX, Carlos y Federico Engels, *Manifiesto del Partido Comunista*, 1848.

908 • 100 AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA: SU INFLUENCIA...

NÚÑEZ, Jorge y otros, *Historia del Seguro Social ecuatoriano*, Quito, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, 1984.

REYES, Oscar Efrén, *Breve historia general del Ecuador*, 16a. ed., tt. II y III, Quito, Imprenta Don Bosco, s. f.

ROBALINO DÁVILA, Luis, *El 9 de Julio de 1925*, Quito, La Unión, 1973.

PAREJA DIEZCANSECO, Alfredo, *Ecuador. La República de 1830 a nuestros días*, Quito, Editorial Universitaria, 1979.

SALGADO PESANTES, Hernán, *Lecciones de derecho constitucional*, 4a. ed., Quito, Ediciones Legales.



LOS APORTES DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917 AL SIGLO XXI. DEL CONSTITUCIONALISMO NACIONAL AL INTERCULTURAL

Jorge Silvero Salgueiro*

En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará
de las garantías que otorga esta Constitución.

Artículo 1o., Constitución de 1917, versión original

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.

Artículo 1o., Constitución de 1917, reforma de 2011

INTRODUCCIÓN

L 1 5 de febrero de 2017 es el día de una celebración singular y extraordinaria en México. La Constitución de 1917¹ adquiere un nuevo atributo, es desde hoy una Constitución centenaria! Esta cualidad distintiva demuestra sin lugar a dudas la fortaleza de su ideario y la plena identificación con su pueblo. La Constitución mexicana es el estandarte de los derechos de las mexicanas y los mexicanos. En

* Jurista paraguayo; investigador jurídico independiente; ex investigador visitante 2007-2012, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

¹ La versión original de la Constitución de 1917 se encuentra en: <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1917.pdf>.

palabras de Jorge Carpizo: “En esa Constitución se sintetiza nuestra historia política”.²

En América Latina es inusual asistir a celebraciones de este tipo.³ El promedio de vida de las Constituciones en nuestra región no sobrepasa los 25 años aproximadamente.⁴ Los ordenamientos políticos son a corto plazo producto de las luchas por el poder que no se sujetan a las reglas preestablecidas. Por ello, que una misma Constitución haya sido compartida, aceptada y reivindicada por varias generaciones es señal de que existe un hilo conductor en la historia política: la construcción de un Estado constitucional.

Ciertamente, la vigencia de una Constitución no garantiza una democracia plena, pero legitima la lucha por una mayor democracia al interior de una sociedad. Los reclamos por más libertades, por más derechos y más participación política efectiva son siempre reivindicaciones constitucionales. Por el otro lado, los abusos de poder son en violación a la Constitución.

México cuenta con un Estado que en el 2010 celebró el bicentenario de la independencia. Pero, el pueblo mexicano, multiétnico y pluricultural, tiene sus raíces en muchas más centurias de historia. Se cuenta entonces con un pueblo, un Estado y una Constitución. En esta relación 1-1-1 se antepone primero al pueblo o expresado en términos culturales ese sentimiento de pertenencia o identificación de todos juntos somos uno. Seguidamente, cuando surge la necesidad de organizarse políticamente según las propias reglas y sin intromisiones el pueblo forma el Estado independiente, o dicho de otra manera, lucha por él.

² Jorge Carpizo, “Ninguna había regido tanto tiempo a México”, *El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX. La Constitución mexicana 70 años después*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1988, t. V, p. 11. Consultable en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=649>.

³ Otra excepción en ese sentido es Argentina, que en el 2003 celebró el sesquicentenario de la Constitución de 1853/60. Me cupo el honor, gracias a Antonio María Hernández, en ese entonces presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, participar en dichas celebraciones con una ponencia sobre “La descentralización del Poder en Paraguay”. Véase: Antonio María Hernández (coord.), *La descentralización del poder en el Estado contemporáneo*, Córdoba, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 2005.

⁴ Al respecto, véase: Viridiana Ríos, “Rarezas constitucionales”, *Nexos*, 1o. febrero, 2014. En internet: <http://www.nexos.com.mx/?p=18391>.

Posteriormente, en esa intención de asentar el proceso político sobre bases estables la cabe a la Constitución constitucionalizar dichas luchas por el poder. Esto es de declarar que “todo poder público dimana del pueblo” (artículo 39 de la Constitución de 1917) y que el monopolio legítimo del poder lo ejerce el Estado. De ahí, que la Constitución asume la tarea de regular el acceso democrático al poder y de establecer que su ejercicio sea conforme al principio de Estado de derecho. Era usual expresarse en los orígenes del constitucionalismo como la Constitución del Poder del Estado, o más brevemente, la Constitución del Estado.⁵

Asimismo, la historia política enseña que el Estado precede a la Constitución, pero es ésta la que establece la calificación formal de Estado constitucional. ¿Acaso existe un Estado constitucional sin Constitución? El que no exista una constitución escrita no significa que no exista una constitución orgánica del Estado que opera en términos de equivalente funcional.

Entonces, claramente la idea de Constitución se forma y se configura en un ambiente nacional. En ese proceso de organización política por sí mismo es que el concepto de soberanía ejerce un rol fundamental, pues se considera que un pueblo soberano es un pueblo que ha tomado su destino en sus propias manos.⁶ Por ello, no es extraño que la Constitución sea entendida como suprema, expresando los máximos principios de esa soberanía. Pueblo soberano, Estado independiente y Constitución suprema constituyen la trilogía fundante del orden constitucional nacional. Esa es la patria libre por la que se muere, como nos cuenta la historia.⁷

La idea de un pueblo único y soberano no significa que no haya ficciones y conflictos al interior del mismo. Solo indica la capacidad de actuar como tal y proceder a lograr los objetivos fijados. Al respecto, los

⁵ Al respecto, véase: Eduardo García Maynez, *Introducción al estudio del derecho*, México, 2008, pp. 107-111.

⁶ Jorge Silvero Salgueiro, “Transformaciones del Estado en Latinoamérica: ¿De ente soberano a movimiento social globalizado?”, en Héctor Fix-Zamudio y Diego Valadés (coords.), *Formación y Perspectivas del Estado en México*, México, El Colegio Nacional, 2010, pp. 415-435.

⁷ Erik Velázquez García *et al.*, *Nueva historia general de México*, México, El Colegio de México, 2011.

historiadores Garciadiego y Kuntz recuerdan ciertos aspectos centrales de la lucha por el poder en los tiempos previos al Congreso Constituyente de 1917 en Querétaro que vienen a colación: “La principal expresión del triunfo de la facción constitucionalista fue la elaboración de nueva constitución, la que debía normar y orientar al nuevo Estado mexicano, producto de ese gran reencauzamiento del proceso histórico nacional que era la Revolución... Para alcanzar ese propósito se convocó un congreso constituyente para finales de 1916. Los diputados serían elegidos en todas las regiones del país... Había una restricción insalvable: no podían ser elegidos diputados quienes fueran o hubiesen sido enemigos del constitucionalismo. El mensaje era elemental: se buscaba que los vencedores en el proceso revolucionario diseñaran el México del futuro. Si ellos habían destruido el “antiguo régimen”, a ellos les correspondía construir el nuevo Estado”.⁸ Pero, cabe acotar aquí que el resultado del congreso constituyente de 1916 no fue restrictivo ni tampoco excluyente. La Constitución de 1917 fue pensada para todos los mexicanos. Y el paso del tiempo así lo demostró.

Ahora bien, con los años también se puede observar que la Constitución mexicana fue modificada en innumerables ocasiones, 642 veces,⁹ lo que a decir de algunos que quedaría muy poco de su texto original.¹⁰ En términos comparados la Constitución de Alemania de 1949 fue modificada 60 veces en casi 70 años.¹¹ Sin embargo, en el caso mexicano muchos de sus postulados originales fundamentales pueden ser plenamente reconocidos y continúan vigentes, lo que permite expresar que la Constitución de 1917 es un cuerpo normativo único a lo largo de sus diez décadas de vigencia, sin que las reformas

⁸ Javier Garciadiego y Sandra Kuntz Ficker, *La Revolución mexicana*, en Erik Velázquez García *et al.*, *ibidem*, p. 562.

⁹ Véase el detalle de este dato, en Francisco Ibarra Palafox, “Identidad y constitucionalismo. Reflexiones sobre la reforma constitucional y su vigencia”, en Luis René Guerrero Galván y Carlos María Pelayo Moller (coords.), *100 años de la Constitución mexicana: de las garantías individuales a los derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 68.

¹⁰ Viridiana Ríos, *op. cit.*, nota 4.

¹¹ Karsten Hoof, “Verfassungsänderungen in der Bundesrepublik Deutschland”, Carola Schulze (Hrsg.), *Verfassungsentwicklung in Russland und Deutschland*, Universitätsverlag Potsdam, 2014.

Consultable en: <https://publishup.uni-potsdam.de/frontdoor/index/index/docId/6828>.

hayan tenido el efecto de fragmentarlas en pedazos irreconocibles o incompatibles entre ellos. Se puede tomar como ejemplo un principio básico de las luchas revolucionarias mexicanas que terminó plasmado en la Constitución: la no-reelección presidencial. Esta prohibición constitucional ha sido la impronta del sistema político mexicano, originalmente estuvo en el artículo 83 constitucional y sigue estando ahí.¹² En el mismo sentido, el mundialmente famoso artículo 123 ha mantenido fresca la vanguardia de sus preceptos y generaciones de mexicanos han aprendido que ahí están garantizados sus derechos sociales. Entonces, lo fundamental radica en esa contribución a la conciencia social de un pueblo con derechos y con memoria histórica.¹³

Así, el recuerdo de las ideas de Luis Cabrera continúa presente. Él fue, al decir de Emilio O. Rabasa, uno de los ideólogos de la Constitución de 1917, aunque no haya participado en el Congreso Constituyente de Querétaro. Pero, impulsó y participó en el debate público de la época sobre los temas de no-reelección y efectividad del sufragio, temas que fueron incorporados a la Constitución de 1917. La Constitución es entonces reflejo del pensamiento de su gente.¹⁴

En el presente trabajo se parte de la idea de que el año de 2017 es una meta alcanzada y a la vez un punto de partida. Es celebración por los logros obtenidos y reflexión sobre los desafíos a futuro. La Constitución de México es centenaria, pero allí donde acaba la vida para algunos para otros recién empieza. La conmemoración constitucional podría tener ambos enfoques. Por un lado, celebrar los aportes de la Constitución de 1917 al siglo XX. Sin embargo, por el otro, perfilar en forma reflexiva a una Constitución que regirá para el siglo XXI. Si la Constitución de 1917 en sus inicios constituyó una vanguardia constitucional, podría pretender ese estatus en el siglo XXI. El listón podría estar alto,

¹² La no reelección fue modificada en 1927, pero en 1933 volvió a cobrar plena vigencia. Al respecto, véase: Jorge Carpizo, “El principio de no reelección”, en Pablo, González Casanova, *Las elecciones en México. Evolución y perspectivas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Sociales, 1985, p. 122.

¹³ Acerca de “¿cuál es la relación entre mexicanidad y constitucionalismo?”, véase el trabajo de Francisco, Ibarra Palafox, *op. cit.*, nota 9, pp. 59-74.

¹⁴ Emilio O. Rabasa, “Luis Cabrera: Ideólogo de la Revolución de 1910-1913 y Constitución de 1917”, *La Constitución mexicana de 1917. Ideólogos, El núcleo fundador y otros constituyentes*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1990, p. 25. Consultable en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4225>.

mas es bueno que lo esté. Con esta perspectiva, se trata a continuación los aportes de la Constitución de 1917 al siglo XX y, posteriormente, en forma reflexiva se trazan ciertas líneas para el siglo XXI.

No quisiera pasar al siguiente punto no sin antes agradecer a Eduardo Ferrer Mac-Gregor la deferente invitación a participar en tan magna obra en conmemoración del centenario de la Constitución de 1917, desde la cual se propicia un diálogo internacional que es testimonio de una genuina y poderosa expresión intercultural trasnacional.

EL CONSTITUCIONALISMO NACIONAL DEL SIGLO XX

Entre los aportes de la Constitución de 1917 que impactaron tanto en el orden nacional mexicano como en el internacional figuran el constitucionalismo social y el amparo.¹⁵ Esa idea de que la Constitución no solo debía proteger los derechos de quienes tenían más, sino también amparar a los más necesitados tratando de encontrar medios adecuados para lograr una justicia social se plasmó en la Constitución de Querétaro. Por primera vez en la historia de las Constituciones se incorporaron derechos sociales a un texto constitucional. Por tanto, la Constitución de 1917 representó la vanguardia del constitucionalismo social.

Otras Constituciones alrededor del mundo la siguieron. Los derechos sociales son parte usual del texto constitucional y gozan de la protección de las jurisdicciones constitucionales. Hoy en día, en Latinoamérica, el constitucionalismo social es visto no como algo que reemplazó al liberal sino que se acopló para contar con una paleta ampliada tanto de derechos individuales de libertad como de derechos, que aunque pueden ser reconocidos a grupos sociales se ejercen ya en forma individual ya en forma colectiva, como los de sindicalización. Eso significó que el rol de la Constitución se incrementó en tareas. Además de garantizar la protección a los individuos frente al Estado pasó a velar por el bienestar material de grandes sectores de la población. Según

¹⁵ Al respecto, véase: Jorge Silvero Salgueiro, “Influencias del constitucionalismo mexicano en América Latina. Contribuciones a un constitucionalismo intercultural”, en Patricia Galeana (coord.), *El constitucionalismo mexicano. Influencias continentales y transatlánticas*, México, Senado de la República, 2010, pp. 207-220.

Carpizo la idea de derechos sociales lleva implícita la noción de igualdad de oportunidades,¹⁶ por tanto, el concepto liberal de igualdad ante la ley avanza a una consideración fáctica a tener en cuenta, la igualdad real. Por tanto, el constitucionalismo social es más que un listado de derechos sociales, pues consagra principios diferentes al constitucionalismo liberal que deben ser aplicados en la resolución de conflictos sociales.

Una mención especial requiere la Constitución de Weimar de 1919 que también introdujo derechos sociales y con eso ambas Constituciones mostraron sensibilidad a las difíciles condiciones sociales de su tiempo, en especial de la clase obrera y campesina. Sin embargo, la Constitución de Bonn de 1949 decidió conscientemente prescindir de dichos derechos.¹⁷ Pero ello no evidencia un cambio de rumbo, sólo de estrategia, pues el constitucionalismo social se incrementó en Alemania bajo la Constitución de Bonn aunque en forma diferente. La nueva fórmula fue la de consagrar el Estado social y convertirlo en un principio permisivo de prestaciones estatales tendientes a lograr seguridad y bienestar social entre los grupos menos aventajados. El Estado de bienestar en Alemania cuenta con un incentivo y protección constitucional y una gran normativa infra-constitucional tendiente a diseñar, formular y aplicar políticas públicas en materia social.

El amparo, por su parte, aunque anterior a la Constitución de 1917 pero también plasmado en su texto, es una de las creaciones mexicanas más extendidas en todo el mundo. Su influencia es conocida¹⁸ y, últimamente, se han hechos estudios sobre su incidencia en la formulación del artículo 8o. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 sobre el derecho que toda persona tiene a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales.¹⁹

¹⁶ Jorge Carpizo y Jorge Madrazo, *Derecho constitucional*, México, UNAM, 1991, p. 21.

¹⁷ “Auf soziale und ökonomische Rechte wurde im Grundrechtsteil des Grundgesetzes allerdings bewusst verzichtet; insofern wurde Weimar wieder als negatives Vorbild empfunden”, Véase en: Bodo Pieroth y Bernhard Schlink, *Grundrechte. Staatsrecht II*, Heidelberg, 2009, p. 12.

¹⁸ Hector Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, México, 2006.

¹⁹ Al respecto, véase: Francisco Tortolero Cervantes y Carlos Pérez Vázquez, *El juicio de amparo en la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, México, Suprema Corte de Justicia, 2014.

Ahora bien, también son de relevancia los enfoques de investigación que revelan el estado de la Constitución en la medida que marcan hitos en la propia evolución del constitucionalismo mexicano y cuyos debates trascienden fronteras. Por ejemplo, desde la academia mexicana se mantuvo un foco de atención entre la Constitución y el régimen político, pues las condiciones de viabilidad o los impedimentos para la vigencia constitucional están en relación con modelos de gobierno más cerrados en formas autoritarias o abiertos a procesos democráticos. Todo ello conlleva a preguntarse: ¿Qué ha sido del concepto de Constitución en estos 100 años? ¿Ha permanecido invariable o también evolucionó con los regímenes políticos?

Un punto de partida es la afirmación que Carpizo sostuvo años atrás (1991) de que la Constitución de 1917 podía ser catalogada como nominal en la categorización de Karl Loewenstein.²⁰ Esto es debido a la falta de concordancia entre la realidad del proceso político y las normas constitucionales, pero con la esperanza de que tarde o temprano se alcance esa concordancia teniendo como objetivo una constitución normativa.

Asimismo, el maestro Fix-Zamudio y Valencia Carmona en una relación entre Constitución y proceso político expresaron: “Quizá por ello la preocupación más urgente del constitucionalismo mexicano en la época actual sea la de perfeccionar el papel de la Constitución como instrumento de control y por eso el estudio de los diferentes medios o instrumentos para limitar y controlar al poder se ha tornado primordial para la transición democrática que venimos experimentando”.²¹

Evidentemente, en México como en toda América Latina, la preocupación principal es una: el control constitucional del poder y que la Constitución no perezca en ese intento. Si la Constitución no rige en los conflictos de poder se degrada a una mera “hoja de papel” como ya lo enseñó Lassalle.²²

Por ello, resultan interesantes las respuestas que desde la investigación jurídica se han dado a dicha problemática. Entre ellas figura el

²⁰ Jorge Carpizo, *op. cit.*, p. 11.

²¹ Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, 1999, p. 38.

²² Ferdinand Lassalle, *¿Qué es una Constitución?* (Berlín 1862), Madrid, 2012.

ya clásico estudio de Diego Valadés sobre “El control del poder”. El enfoque que desarrolla es que “los controles no constituyen un universo aislado; son simplemente una expresión del proyecto constitucional de un sociedad”.²³ Vale decir, la Constitución también es expresión de las luchas de sus pueblos, y si en el pasado fueron por la independencia del Estado hoy son por controlar adecuadamente el poder en procesos democráticos. De manera decisiva, son necesarios más y mejores instrumentos de control y modificar la Constitución en ese sentido, pero sobre todo “es esencial que se realice un gran esfuerzo para cimentar las creencias constitucionales sobre la base de la estabilidad de la Constitución misma”.²⁴ Sólo una Constitución duradera y estable estaría en condiciones de cumplir lo que de ella se espera.

En esta etapa de perseguir una mayor vigencia constitucional, aprovechando que el proceso político es favorable a ello, la jurisprudencia mexicana no se ha quedado atrás. Así, a manera de ejemplo, se observa que un primer paso es la insistencia en un concepto constitucional que despliega mayor eficacia y evita ambigüedades. En palabras del Ministro José Ramón Cossío Díaz de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se expresa cuanto sigue: “En nuestro país la Constitución no es ya sólo un documento de carácter político, sino una norma jurídica vinculante; ya no es simplemente “fuente de las fuentes del derecho”, sino “fuente del derecho” en sí misma considerada; ya no es una Constitución simplemente “constitutiva” (que se limite a establecer las instituciones y órganos que materializarán los poderes del Estado y les atribuya ámbitos de competencia) sino que es también una Constitución “regulativa” (que declara cuáles son los fines y valores que dan sentido a las formas y procedimientos de acción política y los convierte en prohibiciones y deberes, en estándares sustantivos que aquellos deben respetar)”.²⁵

La pretensión es contundente, una Constitución estable y que despliegue toda su fuerza normativa²⁶ producto de su concepción como

²³ Diego Valadés, *El control del poder*, México, UNAM, 1998, p. 420.

²⁴ *Ibidem*, p. 418.

²⁵ Amparo directo en revisión 2044/2008, p. 18. En versión reducida fue publicado en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DialogoJurisprudencial/8/cnt/cnt9.pdf>.

²⁶ Véase, Konrad Hesse, “La fuerza normativa de la Constitución”, *Escritos de derecho*

norma jurídica vinculante es el cambio que se distingue en la evolución del constitucionalismo mexicano. Sólo así, la idea de una constitucionalización de los derechos humanos, como ocurrió con la reforma constitucional mexicana de 2011 no será un mero programa político y podrá desarrollar valederos efectos jurídicos. También de ese modo se conecta a actuales doctrinas europeas que demandan la directa e inmediata aplicación de la Constitución. Claramente, el cambio es en dirección a una Constitución normativa. Y una así es una Constitución de derechos humanos. De constituir el Estado y los derechos sociales en 1917, ahora constituye los derechos humanos.

Por otro lado, se podría alegar que ya en sus comienzos la Constitución era una norma jurídica pues era y es considerada hasta hoy en día la Ley suprema de la República. Sin embargo, dicha calificación más bien desarrolló efectos en la pirámide normativa producto de la jerarquía entre normas jurídicas. Si una ley inferior entraba en franca contradicción con la Constitución, es ahí que valía el concepto de ley suprema para resolver el asunto y desaplicar la ley inferior. Pero, a falta de ley y allí donde el texto constitucional no resultaba auto aplicable dado el tenor de su letra por ser un ideal o programa político la Constitución perdía en eficacia. La ahora firme intención de afirmar que la Constitución es un instrumento normativo de directa e inmediata vinculación ataca este problema y exige, en especial, a los que detentan el poder público que guíen su actuar y que se limiten a lo dispuesto por la Constitución. Y no importa si faltare una reglamentación, igual el mandato de acatar la Constitución se mantiene, caso contrario el auto de autoridad sería inconstitucional. La pretensión de la Constitución es regir en todo momento y en toda ocasión.

El constitucionalismo mexicano del siglo XX tuvo debates acerca de derechos como los sociales, de instituciones como el amparo y de formas de controlar el poder²⁷. Todo ello al interior de su ordenamiento jurídico y en franco diálogo con otros ordenes constitucionales mediante la comparación constitucional, derecho y método jurídico

constitucional, original: Die normative Kraft der Verfassung (1959), Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2011.

²⁷ Diego Valadés *et al.* (coords.), *Ideas e instituciones constitucionales en el siglo XX*, México, 2011.

al mismo tiempo. Con esas características tanto el constitucionalismo mexicano como los otros se enriquecieron con la recepción de figuras jurídicas o debatiendo problemas similares. Pero siempre, los ordenes constitucionales estuvieron en paralelo sin formar un derecho común, solo compartiendo similitudes y problemas. Para el siglo XXI las perspectivas serán diferentes como veremos a continuación.

EL CONSTITUCIONALISMO INTERCULTURAL DEL SIGLO XXI

“El derecho es una de las actividades más necesarias y elevadas que ha producido la cultura”, así empiezan el maestro Fix-Zamudio y Valencia Carmona su obra conjunta sobre el derecho constitucional escrita a finales del siglo XX, pero que es la base de estudios a inicios del siglo XXI. Tiene la particularidad que ya no es más exclusivamente nacional sino que cuenta además con un amplio saber comparado dando cuenta de varias culturas.²⁸

Esa ligazón entre derecho y cultura está presente en el pensamiento jurídico desde diversos ángulos. En la obra citada se observa al derecho como una expresión cultural y al derecho comparado como pautas culturales referenciales. Pero, en perspectiva contraria los juristas también se preguntan ¿cómo abordar la cultura al interior de un Estado constitucional. Se trata de fomentar, incentivar y proteger a la misma, pero al mismo tiempo de brindar protección a la libertad cultural y de aprender a convivir bajo la tolerancia cultural. Todo esto lleva a una pregunta general ¿es también la cultura tarea del Estado? Si se considera la educación pública probablemente la respuesta será afirmativa, pero depende de las connotaciones e implicancias que se le dé término cultura como para poder definirlo como una tarea estatal.²⁹

En ambas perspectivas la relación entre derecho y cultura está pensada al interior del constitucionalismo nacional.³⁰ Mayor dificultad se adquiere cuando se inserta dicha relación en un proceso de globali-

²⁸ Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona, *op. cit.*, nota 21, p. 1.

²⁹ Al respecto, véase: Stefan *et al.*, *Estado y cultura*, México, 2012.

³⁰ Erhard Denninger y Dieter Grimm, *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*, Madrid, 2007.

zación, pues el derecho y la cultura ya no solo se preguntan quién se encarga el uno del otro y de qué manera sino que ambos entran en procesos de transformación,³¹ por ejemplo, conceptos jurídicos que parecían inmutables con el paso del tiempo como el de soberanía pasan a cambiar sus contornos.³²

Al respecto, el constitucionalismo mexicano ofrece novedosas investigaciones que no solo dan cuenta de una comprobación sociológica de cambios sino de transformaciones del conocimiento jurídico normativo en sí. El proyecto dirigido por Serna de la Garza “Gobernanza global y cambio estructural del sistema jurídico mexicano” planteó “el reto de hacer avanzar el conocimiento en el ámbito de la ciencia jurídica, explorando la posibilidad de extender los significados de conceptos que han sido fundamentales para explicar y para operar el sistema jurídico mexicano; y examinando la pertinencia y aún la necesidad de construir nuevos conceptos que sirvan para alcanzar esos mismos objetivos. Todo ello, en el contexto del impacto e influencia de la globalización y la “gobernanza global” sobre el sistema jurídico mexicano”.³³

El impacto de la globalización sucede entonces al interior del sistema jurídico con cambios conceptuales, pero ahí no se acaban las transformaciones, las mismas se extienden a la creación de nuevas ramas del derecho. O tal vez habría que acentuar que no es una mera rama nacional sino que se trata de un nuevo derecho diferente a lo que hasta hoy día se entiende como derecho nacional. El fenómeno es tan singular que ya no bastan las figuras de la recepción del derecho o las influencias para explicar el proceso de desarrollo del mismo, como fue en el pasado cuando desde el ámbito nacional se observaba al derecho extranjero y se modificaba el local.

En especial, con la globalización de los derechos humanos y la implementación de las jurisdicciones internacionales de protección de los

³¹ José María Serna de la Garza, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, UNAM, 2012.

³² Sobre la Soberanía en la era de la globalización véase: Manuel Becerra Ramírez y Klaus Theodo Müller Uhlenbrock (coords.), *Soberanía y juridificación en las relaciones internacionales*, México, UNAM, 2010.

³³ Serna de la Garza, José María, *Gobernanza global y cambio estructural del sistema jurídico mexicano*, México, UNAM, 2016, p. 1.

misimos³⁴ se abrieron las puertas para la creación de un derecho común latinoamericano, el *Ius constitutionale commune latinoamericanum*,³⁵ mediante el cual se garantiza una nueva paleta de derechos en este siglo XXI, probablemente con un potencial vanguardista como lo fue en el siglo XX. Todo ello requiere de un cambio cultural que supere las barreras nacionalistas y se abra a una cultura transnacional de derechos que promueva y auspicie el nuevo derecho. ¿Acaso en el pasado alguna ley acultural ha tenido éxito?

La apertura y el diálogo³⁶ son dos predisposiciones instrumentales necesarias en el proceso de creación del nuevo derecho. Una primera apertura significó la política, pues les correspondió a los Poderes Ejecutivo y Legislativo decidir sobre la conexión del Estado nacional con instancias internacionales mediante tratados. Un segundo paso, representa la tarea de los jueces, quienes tienen sobre sí afinar las piezas del engranaje para que no se traben los mecanismos jurídicos de integración velando por un andar sin mayores sobresaltos. En esta tarea, la colaboración científica es fundamental. Dando cuenta de las implicancias de dicho proceso Serna de la Garza acentúa: “En nuestro país, por ejemplo, la apertura del Estado hacia el régimen internacional de derechos humanos plantea a los jueces el reto de construir las premisas de los argumentos con los que motivan sus resoluciones, mediante la incorporación de normas de derecho internacional. Ello implica resolver dificultades vinculadas con la preservación de la coherencia de un sistema normativo que no ha sido pensado en su integridad por los órganos legislativos nacionales, sino que incorpora normas producidas en otras instancias”.³⁷

En concreto, se ha dado una ampliación de las fuentes nacionales del derecho con la suma de las fuentes internacionales en materia de derechos humanos, por supuesto, siempre en relación a los tratados in-

³⁴ México aceptó la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1998.

³⁵ Armin Von Bogdandy *et al.*, *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, UNAM, México, 2010, ts. I y II.

³⁶ Jorge Silvero Salgueiro, *El diálogo judicial en América Latina. Bases para un ius constitutionale commune*, México, de próxima aparición.

³⁷ José María, Serna de la Garza, *op. cit.*, nota 33, p. 4.

ternacionales de los cuales el Estado sea parte. No obstante, las normas internacionales no vienen solas, con ellas viene también la interpretación auténtica que hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos de los tratados regionales de derechos humanos. La jurisprudencia interamericana juega un rol decisivo en darle unidad de cuerpo y cohesión al entendimiento sobre derechos humanos en la región. Para ello, es fundamental el diálogo entre las Altas Cortes de Justicia de la región y la Corte Interamericana en la medida que lo producido en la instancia internacional aproveche el pensamiento jurídico nacional, conecte los sistemas jurídicos nacionales entre ellos y elabore un estándar internacional en la conceptualización de los derechos humanos.

Pero, aparte de estos cambios de apertura, diálogo, ampliación de fuentes, aplicación de normas y jurisprudencia internacional, etc. que se están dando en la creación del derecho común, queda una interrogante fundamental en relación a la persona humana. En el pasado, una persona tenía un status jurídico dentro de su orden jurídico nacional y gozaba de la protección de sus derechos constitucionales. Pero, una vez que viajaba y dejaba su territorio esos derechos constitucionales ya no tenían efecto en virtud de la regla de territorialidad, propia del poder soberano de un Estado. Prácticamente, los perdía. En el extranjero esta persona estaba sujeta al derecho de ese Estado y su status jurídico podía variar para bien o para mal. Si bien esto se mantiene así en líneas generales en la actualidad, la interrogante surge cuando se afirmaba que existe un derecho constitucional común para Latinoamérica: ¿Viajan hoy en día las personas con todos sus derechos? No importa el Estado, ¿igual se mantiene la protección de los derechos humanos? Por supuesto, siempre la referencia aquí es a Estados partes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en especial, con reconocimiento de la jurisdicción internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Es entendible que ciertas cosas cambien al viajar y ciertos derechos se ejerzan conforme a la nacionalidad. Por ejemplo, el derecho político del sufragio. Pero, por lo demás, ¿no está acaso cada Estado obligado a garantizar a cualquier persona, más aún cuando esta persona forma parte de un Estado parte del Sistema Interamericano, la misma calidad y extensión de los derechos al cual está obligado con sus nacionales

en virtud de tratados del Sistema Interamericano? Entonces, ¿se está abriendo también un camino a una ciudadanía de derechos en común? Es aquí donde cobra sentido un constitucionalismo intercultural que contribuya a explicar estos fenómenos y debata en el seno de las sociedades el tipo de cambios y las connotaciones de los mismos.

Todo ello implica un nuevo escenario, el constitucionalismo que acompañe al derecho constitucional común deberá tener en cuenta que ahora se trata de varios Estados, diferentes pueblos, mismas normas internacionales de derechos humanos con su respectiva misma interpretación auténtica que produce un estándar internacional. Las personas no necesariamente tienen que verse como estáticas o ancladas en un territorio nacional sino activas y en movimiento por todo el territorio común interestatal donde rigen los mismos derechos humanos. Por ello, resulta adecuado incentivar un constitucionalismo intercultural en el siglo XXI.

Por ejemplo, el caso de estudiantes internacionales. En sus países de acogida hasta dónde podrían participar en actividades de debate y manifestación política, ya sea por causas internas de ese país o internacionales. Si en democracia se pretende que los jóvenes se interesen en política y no tengan una actitud de total desinterés tendrían ellos derecho a marchar por las calles aunque sea por solidaridad con la causa que les interese?³⁸ Pueden expresarse en las redes sociales, la nueva “plaza pública”, pero ¿no en las calles?

En Paraguay el artículo 120 de la Constitución de 1992 garantiza a los extranjeros con radicación definitiva el derecho al sufragio en las elecciones municipales (alcalde y concejales). ¿Tendría derecho un paraguayo con radicación definitiva en México por razones de reciprocidad internacional e igual trato a exigir el mismo derecho al sufragio en elecciones municipales mexicanas?

En el caso de los migrantes, independientemente de su status legal ¿tienen derecho a que se respete su integridad personal (artículo 5o., CADH) y a la libertad personal sin ser sometidos a detenciones arbi-

³⁸ Recientemente en el Brasil en pleno desarrollo del *impeachment* a la presidenta Rousseff se recordó que existe una prohibición de manifestación política para los extranjeros. Disponible en: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/es/geral/noticia/2016-04/extranjeros-que-participen-en-acto-politico-pueden-ser-expulsados-de-brasil>.

trarias (artículo 7o., CADH) en los términos de la Convención Americana de Derechos Humanos?

Cabe recordar que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos tiene formalmente un carácter subsidiario a un sistema nacional de justicia, mas esta afirmación debe precisarse en el sentido que el acceso a la jurisdicción internacional conserva ese carácter subsidiario, pues primero se deben agotar las instancias nacionales. Pero, los derechos consagrados en los tratados internacionales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos no son subsidiarios, tienen mas bien una aplicación directa e inmediata así como la interpretación de la Corte Interamericana sobre dichos tratados. Por tanto, cualquier extranjero siempre puede exigir el respeto de esos derechos a cualquier autoridad pública. Y ante una eventual violación siempre tendría que tener una vía judicial efectiva donde presentar el reclamo de derechos correspondiente.

Ahora bien, todas estas transformaciones culturales e impactos de la globalización de los derechos humanos no deben hacer perder el foco en aquello que Carpizo en uno de sus últimos trabajos acentuó, que “el fundamento de los derechos humanos se encuentra en la noción de la dignidad humana”.³⁹ Por tanto, el constitucionalismo intercultural promotor de los derechos humanos tiene como base la dignidad humana. En ese sentido, Carpizo aclaró que “la concepción de la dignidad humana no conduce a un individualismo; al contrario, reconoce el valor de la comunidad.” “Entonces, ¿qué es realmente la dignidad humana? Es el reconocimiento del especial valor que tiene el individuo en el universo”.⁴⁰

CONCLUSIÓN

Los aportes de la Constitución mexicana de 1917 son vanguardistas. Sus periodos de más o menos cumplimiento no ponen en duda el valor de su legado, hace referencia más bien a las dificultades de mantener un orden constitucional dentro de los parámetros de estabilidad y respeto

³⁹ Jorge Carpizo, “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 25, julio-diciembre de 2011, p. 5.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 7.

jurídico. Las turbulencias políticas ponen a prueba las Constituciones en América Latina y la mayoría de ellas fracasan en su intento de controlar el poder. En México ha ayudado que existen antecedentes de iniciativas y debates sobre la cultura de legalidad y la cultura constitucional. Con ello se persiguió promover los derechos, hacer de que exista una apropiación ciudadana de derechos y, por tanto, un mayor respecto y exigencia.

La Constitución de México se diferencia porque puede referirse tanto a su pasado centenario como a un futuro promisorio. De ser la Constitución del Estado pasa a ser la Constitución de los Derechos Humanos. Tras ella hay una cultura diversa y añeja que ha puesto a la dignidad humana en primer lugar. El camino del siglo XXI está claramente trazado.

Cabe señalar, sin embargo, que el derecho nacional ya no será lo mismo, sin que ello signifique una pérdida de lo nacional, solo su transformación. El sistema jurídico nacional se está abriendo a un derecho común latinoamericano, colaborando en su creación pero a la vez modificándose para hacer frente a los nuevos desafíos. Sin lugar a dudas es todo un cambio cultural aquello que el Juez *ad hoc* Ferrer Mac-Gregor en su voto razonado del caso *Cabrera* (2010) expreso, de que los jueces nacionales terminarán convirtiéndose en jueces interamericanos.

Desde Europa entienden que “el concepto de un derecho común latinoamericano forma parte de un proyecto de evolución, incluso de transformación, hacia un nuevo derecho público en esta región” constituyendo sus bases “el respeto de los derechos humanos, el principio democrático y el Estado de derecho”.⁴¹

Entonces, no sólo se tiene un nuevo derecho sino también una nueva cultura de derechos que es impulsada decididamente por la Constitución de 1917. El orden constitucional nacional ya no es más un universo jurídico, sino al decir de von Bogdandy un pluriverso jurídico enriquecido por un pluralismo de pensamientos, normas y culturas jurídicas.

La realidad de un derecho en común también plantea nuevos roles para la Constitución. En primer lugar, el derecho constitucional

⁴¹ Armin Von Bogdandy, “*Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*. Una aclaración conceptual”, en Armin Von Bogdandy *et al.*, *op. cit.*, p. 2.

comunitario conlleva una idea de vacío: no existe una constitución interamericana. Sin embargo, una Constitución de derechos humanos en conexión con tratados internacionales de derechos humanos donde claramente en conjunto consagran un catálogo de derechos hacen las veces en términos de funcional equivalente del rol que desempeñaba la Constitución clásica en el constitucionalismo nacional del siglo XX.

Una gran diferencia en todos los casos es la pretensión actual de que toda norma de derechos humanos se constituye en una norma constitucional que desarrolla una fuerza jurídica vinculante con plena vigencia jurídica.



LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1931 (FUENTES, RASGOS, INFLUENCIAS)*

Joaquín Varela Suanzes-Carpegna**

En este ensayo trataré de destacar el relevante lugar de la Constitución republicana en el marco de la historia constitucional española e incluso comparada. Para tal propósito me referiré brevemente a su proceso de elaboración, expondré los rasgos esenciales de las Constituciones de entreguerras que sirvieron de modelo a los constituyentes de 1931 —entre ellas la mexicana de 1917, cuyo centenario ahora conmemoramos— y me centraré en la forma en que estos rasgos se plasmaron en el código republicano, así como en su ruptura con el constitucionalismo español del siglo XIX, sobre todo con el moderado y conservador, hegemónico en esa centuria. Concluiré con una valoración final del texto de 1931 y con un sucinto comentario sobre su

* Con el título “La Constitución española de 1931. Reflexiones sobre una Constitución de vanguardia”, la primera versión de este ensayo se publicó en 1991 en un libro colectivo editado por el Patronato Niceto Alcalá-Zamora y la Diputación Provincial de Córdoba (España). Lo incluí más tarde en mi libro recopilatorio *Política y Constitución en España. 1808-1978*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007 y 2014, prólogo de Francisco Rubio Llorente. Lo he revisado detenidamente para su publicación en el presente libro conmemorativo del centenario de la Constitución mexicana de 1917, y he introducido notables modificaciones, entre ellas su título y el de algunos epígrafes, además de reformar, ampliar y actualizar el comentario bibliográfico final.

** Catedrático de derecho constitucional y director del Seminario de Historia Constitucional “Martínez Marina” de la Universidad de Oviedo (España).

influjo en la vigente Constitución Española de 1978. Se completa este ensayo con un comentario bibliográfico.

LA CONSTITUCIÓN DE 1931 EN SU CONTEXTO
HISTÓRICO: LA CRISIS DEL VIEJO ESTADO
LIBERAL Y EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO
DE ENTREGUERRAS

*La elaboración de la Constitución de 1931:
Adolfo Posada y Luis Jiménez de Asúa*

La Constitución de 1931, como ocurre con todas las Constituciones modernas, es obra de una asamblea y, por tanto, de muchas personas, agrupadas en partidos políticos, que eran ya entonces el sujeto principal de la vida política. Ahora bien, ello no es óbice para reconocer que en la elaboración de este texto, como en la de cualquier otro, destacaron algunas personas en particular; entre ellas es preciso mencionar a dos: Adolfo Posada y Luis Jiménez de Asúa. Veamos cuál fue su papel en la elaboración del código republicano.

El 6 de mayo, poco después de proclamarse la República, el gobierno provisional, que encabezaba Niceto Alcalá Zamora, creó una Comisión Jurídica Asesora, dependiente del Ministerio de Justicia, a la que se le encomendó la redacción de un anteproyecto de Constitución. Tal encargo fue llevado a cabo por una subcomisión, presidida por Ángel Ossorio y Gallardo, pero cuyo más influyente miembro fue Adolfo Posada, catedrático de derecho político de la Universidad de Madrid y el más prestigioso constitucionalista español de la época, además de ser uno de los más ilustres representantes de lo que se ha llamado “Escuela de Oviedo”, tan marcada por el krausismo y por los ideales de la Institución Libre de Enseñanza.

Ante las disensiones que este anteproyecto suscitó en el seno del gobierno, éste no pudo hacerlo suyo, como en principio había previsto, por lo que se limitó a trasladarlo a las Cortes para que, junto a los numerosos votos particulares, sirviera de punto de partida a su obra constituyente. A tal efecto, el 28 de julio, las Cortes nombraron una Comisión, presidida por Luis Jiménez de Asúa, prestigioso catedrático de derecho penal de la Universidad de Madrid y destacado miembro

del Partido Socialista Obrero Español. Esta Comisión redactó un nuevo proyecto que en algunos asuntos relevantes, como el religioso o la organización del Parlamento, era sensiblemente distinto del que había elaborado antes la Comisión Jurídica Asesora. La filiación doctrinal e ideológica del nuevo proyecto se trasluce en el importantísimo discurso que Jiménez de Asúa leyó el 27 de agosto al presentarlo a las Cortes Constituyentes.

Desde ese día y hasta el 1o. de diciembre, las Cortes Constituyentes debatieron el proyecto constitucional, a veces con pasión inusitada, sobre todo cuando se discutieron los asuntos religiosos, regionales y sociales, y casi siempre con gran brillantez, pues no en vano en ellas se dieron cita los más brillantes intelectuales y políticos del país, como José Ortega y Gasset, Manuel Azaña y Luis Araquistain, representantes del liberalismo radical o del socialismo democrático. Las dos ideologías inspiraron básicamente a la Constitución republicana —una Constitución “de izquierdas”, como reconoció Jiménez de Asúa en su mencionado discurso—, que finalmente fue aprobada el 9 de diciembre.

Una nueva etapa de la historia constitucional

Todos los protagonistas del proceso constitucional de 1931, desde Posada a Jiménez de Asúa, pasando por la mayoría de los constituyentes, coincidían en la necesidad de dar a España una Constitución a la altura de su tiempo, para decirlo con una expresión orteguiana. Una Constitución que, rompiendo deliberadamente con el constitucionalismo español del siglo XIX, sobremanera con el moderado y conservador que encarnaba la Constitución canovista de 1876, tuviese como punto de referencia las Constituciones extranjeras nacidas durante o tras el fin de la Primera Guerra Mundial. Unas Constituciones que Posada se había encargado de dar a conocer, a veces con la ayuda de su joven discípulo Nicolás Pérez Serrano, con quien editó en 1927 un libro titulado las *Constituciones de Europa y América*, en las que se recogían y comentaban, entre otras muchas, la mexicana de 1917, la alemana de 1919 —la llamada Constitución de Weimar—, la austriaca de 1920 y la checoslovaca de ese mismo año, que fueron las Constituciones que sirvieron de modelo a los constituyentes de 1931, sobre todo la alema-

na y la austríaca, en cuyo alumbramiento habían desempeñado un descollante papel Hugo Preuss y Hans Kelsen, respectivamente; juristas, estos últimos, bien conocidos por sus colegas españoles, empapados de cultura germánica.

Ahora bien, ¿cuáles eran las características esenciales de las nuevas Constituciones de entreguerras y señaladamente de las cuatro que más influjo tuvieron sobre los republicanos españoles? Con mayor o menor claridad, en todas ellas se hacía patente una nueva manera de concebir la organización jurídica del Estado y las relaciones de éste con la sociedad. En rigor, podría decirse que anunciaban una nueva etapa de la historia constitucional de Occidente, abierta con el triunfo de la Revolución soviética de 1917 y concluida al fin de la Segunda Guerra Mundial, aunque muchos de sus rasgos se mantengan en la actualidad. Esta etapa se caracteriza por una profunda crisis del Estado liberal que se había ido construyendo a lo largo del siglo XIX, así como de la teoría que a su abrigo se había ido articulando. Esta crisis, fruto de diversas y complejas causas económico-sociales y culturales, entre las que sólo quisiera señalar la irrupción de un potente movimiento obrero, se venía anunciando en las últimas décadas de la antepasada centuria, sobre todo en los países económicamente más industrializados, como la Gran Bretaña, Alemania y Francia, pero estalló después de la gran guerra, espoléada por el comunismo y por la reacción fascista.

A resultas de esta crisis, se modificó profundamente el contenido de las Constituciones ochocentistas, recuperándose algunos principios, racionalistas y protodemocráticos, que habían inspirado la Revolución francesa y que a su vez habían servido de sustento doctrinal a la Constitución de Cádiz, como la restricción de los poderes regios y el unicameralismo. Unos principios que el constitucionalismo del siglo XIX, mucho más historicista y conservador, había dejado a un lado, salvo excepciones, como la Constitución francesa de 1849 y las españolas de 1812 y 1869, muy efímeras las tres, y quizá las únicas vigentes en ese siglo que tuvieron en cuenta los constituyentes españoles de 1931. Unos constituyentes que quisieron abrir sus sesiones un 14 de julio en homenaje a la gran Revolución del país vecino.

Las Constituciones de entreguerras antes citadas contenían un programa verdaderamente transformador del viejo Estado liberal, aunque

sin destruir sus premisas básicas, a diferencia del fascismo y del bolchevismo. En primer lugar, en efecto, tales Constituciones afianzaban el Estado de derecho, reforzando la protección jurídica de los derechos fundamentales —cuyo ámbito se ampliaba considerablemente— y, en el caso de las Constituciones austriaca y checoslovaca de 1920, al articular una justicia constitucional según las pautas establecidas en la Constitución estadounidense de 1787, aunque pasadas por el tamiz kelseniano.

En segundo lugar, las nuevas Constituciones democratizaban el Estado de derecho al extender un principio tan vinculado a la democracia como el republicano, incluso a un país tan acendradamente monárquico como Alemania; al introducir institutos de la democracia directa, como la iniciativa legislativa popular y el referéndum; al proclamar un sufragio verdaderamente universal (y, por tanto, también para la mujer), y, en fin, al reconocer diversos derechos políticos hasta entonces ignorados por la mayoría de los textos constitucionales, como el de asociación. Novedades, estas dos últimas, que modificaron sobremanera la lucha por el poder, convirtiendo a los partidos —ya no de notables, sino de masas— en eje de la participación política.

En tercer lugar, las nuevas Constituciones, señaladamente la mexicana de 1917 y la alemana de 1919, vertebraban un Estado social de derecho que sólo las Constituciones francesas de 1793 y 1848 se habían atrevido antes a esbozar, y que era la conquista más palpable de los sindicatos obreros y de los partidos socialistas que desempeñaron un papel clave en esta etapa del constitucionalismo al lado de las fuerzas políticas representativas de la burguesía progresista.

A estas tres notas comunes hay que añadir que algunas Constituciones de entreguerras replanteaban la organización territorial del poder desde unos esquemas federales, pero de un federalismo concebido sobre todo con el objeto de racionalizar jurídicamente el poder público, como insistió Hans Kelsen al trazar las bases de la Constitución austriaca, y en fortalecer la función integradora del Estado, en la que insistiría Rudolf Smend en el contexto de la Alemania weimariana.

Por último, la mayor parte de las Constituciones de entreguerras se decantaban por un sistema parlamentario de gobierno de acuerdo con las pautas de lo que Boris Mirkine-Guetzevicht llamaba “parlamenta-

rismo racionalizado”, a tenor del cual regulaban expresa y detalladamente los mecanismos de control parlamentario del Ejecutivo (hasta entonces regulados casi en exclusiva en los reglamentos de las cámaras o mediante convenciones y meras prácticas constitucionales), como la moción de censura. Un mecanismo, además, que se reguló en las nuevas Constituciones europeas tratando de evitar la crónica inestabilidad gubernamental de los sistemas parlamentarios del ochocientos, como el de la III República francesa. Un modelo de indudable influjo hasta la Primera Guerra Mundial.

LOS RASGOS ESENCIALES DE LA CONSTITUCIÓN DE 1931 Y SU RUPTURA CON EL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL ANTERIOR

Pues bien, como se tendrá oportunidad de ver a continuación, la Constitución de Española de 1931 recogió los trazos esenciales del constitucionalismo de entreguerras al poner en planta un renovado Estado de derecho, compatible con la organización de una democracia social. Un Estado, además, que pretendía superar el viejo centralismo administrativo sin recurrir al federalismo tradicional y que, por último, regulaba en la Constitución el control parlamentario del Ejecutivo. Veamos, en primer lugar, cómo se renovaba en el código republicano el viejo Estado liberal de derecho.

*La renovación del Estado de derecho: la justicia
constitucional y la protección de los derechos fundamentales*

Desde la Constitución de Cádiz, e incluso en parte desde la de Bayona, todas las Constituciones españolas habían consagrado un Estado de derecho, que era la vieja y recurrente meta liberal, aunque este concepto, procedente de Alemania, el *Rechtsstaat*, no se incorporase al léxico español hasta fines del siglo XIX. Pero no cabe duda alguna de que en este decisivo asunto la Constitución de 1931 supuso un cambio trascendental en relación al constitucionalismo anterior, sobre todo en lo concerniente al principio de legalidad y a la garantía de los derechos.

Ante ambas cuestiones, la Constitución de 1931 supuso un giro copernicano al reconocer la supremacía de la Constitución —no de la ley— en el conjunto de las fuentes del derecho. Una supremacía que había negado el anterior constitucionalismo.

Las Constituciones inspiradas en el principio moderado y conservador de la soberanía compartida entre el rey y las Cortes, como las de 1845 y 1876, habían devaluado por completo el valor jurídico de la Constitución, reduciéndola a mero contrato político entre los dos sujetos cosoberanos, a quienes correspondía elaborarlo y reformarlo de la misma manera que una ley ordinaria. Desde estas premisas, sustentadas desde Jovellanos a Cánovas del Castillo, se consideraba que el documento constitucional era posterior e inferior a la “verdadera” Constitución: la histórica, tradicional o “interna”. En los códigos constitucionales de 1812 y 1869, en cambio, la Constitución, identificada exclusivamente con el texto constitucional, se concebía como la expresión normativa de la nación, elaborada y reformada por los representantes extraordinarios de ésta, de forma distinta, más solemne y con unas mayorías cualificadas, que la elaboración y reforma de una simple ley ordinaria. Incluso en Cádiz se había llegado a reconocer que la Constitución era una norma jurídica, pero, eso sí, que tan sólo vinculaba al Ejecutivo, no a las Cortes. Un órgano que podía aprobar una ley contraria a la Constitución sin que ello supusiese su nulidad.

La Constitución de 1931, en cambio, situó a la Constitución, y no a la ley, en la cúspide del ordenamiento, y articuló por vez primera en España una jurisdicción constitucional (sólo esbozada en el proyecto constitucional de 1873), siguiendo lo establecido en el nuevo constitucionalismo europeo y, muy en particular, en la Constitución austriaca de 1920, así como en la norma fundamental aprobada en Checoslovaquia ese mismo año. A este respecto, el artículo 121 de la Constitución de 1931 atribuía al Tribunal de Garantías Constitucionales “jurisdicción en todo el territorio de la República” para conocer, entre otras cosas, “el recurso de inconstitucionalidad de las leyes”, mientras que el artículo 100 señalaba que “cuando un Tribunal de Justicia haya de aplicar una ley que estime contraria a la Constitución, suspenderá el procedimiento y se dirigirá en consulta al Tribunal de Garantías Constitucionales”. Quedaban así configurados tanto el recurso directo

o abstracto de inconstitucionalidad como el indirecto o incidental, a partir de los cuales el Tribunal de Garantías actuaba como un “legislador negativo”, según había caracterizado Kelsen a este tipo de órganos.

De este modo, se reforzaba jurídicamente todo el texto constitucional frente a la ley y, por tanto, frente a las Cortes, y, por consiguiente, se llevaba hasta sus últimas consecuencias el *telos* primordial del Estado del derecho: la subordinación de todos los poderes públicos a las normas jurídicas, incluido el Parlamento. Pero, muy en particular, se reforzaba el valor jurídico de todos los derechos reconocidos en la Constitución, tanto los civiles o individuales como los políticos y sociales, de los que se tendrá oportunidad de hablar más adelante. Los derechos constitucionales en su conjunto no eran ya, en efecto, como hasta entonces habían sido, unos derechos reconocidos por la ley, sino por la Constitución y, por tanto, frente al mismo legislador. Eran, en definitiva, unos derechos auténticamente fundamentales. Algunos de ellos, además (los reconocidos en los artículos 25-42), gozaban incluso de una garantía añadida, el “recurso de amparo”, que se substanciaría ante el mismo Tribunal de Garantías Constitucionales, como señalaba el citado artículo 121. Un recurso que, sin perjuicio de sus remotos antecedentes aragoneses y castellanos, su precedente más inmediato se hallaba en la por entonces relativamente reciente Constitución mexicana de 1917, en particular en sus artículos 103 y 107, que consagraban el todavía vigente “juicio de amparo”. Una garantía que divulgó en España el jurista mexicano Rodolfo Reyes en estrecho contacto con algunos influyentes colegas españoles, entre ellos el ya citado Ángel Osorio y Gallardo.

El principio democrático y sus manifestaciones

La Constitución de 1931 profundizó, pues, de forma muy honda en el Estado de derecho, pero al hacerlo transformó este Estado en un Estado democrático. Con ello consiguió soldar dos conceptos que desde el siglo XVIII se habían considerado no sólo distintos, sino distantes e incluso antitéticos: el liberalismo y la democracia. Una antítesis que en España, como en el resto de Europa, tardó mucho en deshacerse, como se dirá a continuación.

El liberalismo español nacido en Cádiz, a pesar de su radicalismo, no había sido democrático. En el horizonte de la época, la democracia se identificaba con la democracia directa de la antigüedad, con el terror desencadenado por la Convención francesa y con el federalismo republicano de los Estados Unidos de América; un modelo, este último, tan lejano ideológica como geográficamente. El liberalismo doceañista se basó en la soberanía nacional, no en la popular, admitió la Monarquía y, por tanto, una jefatura de Estado hereditaria y vitalicia, y aunque reconoció un sufragio electoral amplio, excluyó del electorado activo y pasivo a las mujeres, a las “castas” americanas y a los sirvientes domésticos. De acuerdo con la Constitución de 1812, las elecciones eran, además, indirectas. El pluralismo estaba muy limitado, pues la Constitución preceptuaba la confesionalidad católica del Estado y la intolerancia religiosa. La Constitución gaditana, por último, no reconocía los derechos de reunión y asociación.

El componente antidemocrático del liberalismo español aumentó después de la restauración del Estado constitucional, en 1833, y fue común a progresistas y moderados durante la vigencia de la Monarquía isabelina. El intento de conjugar el liberalismo con la democracia surgió en España en 1849 con la fundación del Partido Democrático Español, en el que confluyeron sectores procedentes de la izquierda progresista, descontentos con la transacción constitucional de 1837 y con la desamortización impulsada por Mendizábal, así como de los grupos de matiz republicano, federal y otros que defendían el programa del socialismo utópico de Fourier y Cabet. Las tesis democráticas se expusieron por vez primera en un Parlamento ante las Cortes Constituyentes de 1854-1856, pero no triunfaron hasta la revolución de 1868, plasmándose en la Constitución de 1869, primero, y en el proyecto constitucional de 1873, después, que consagraba una República federal. En ambos textos se acogieron los principios de soberanía popular, el sufragio universal para todos los varones mayores de edad, aunque no para las mujeres, así como las libertades de asociación, sindicación y huelga.

La restauración de la Monarquía en 1874 significó el retorno al liberalismo antidemocrático, encarnado ahora por Antonio Cánovas del Castillo. Un retorno que jurídicamente cristalizó en la Constitución de 1876, en vigor hasta el golpe de Estado que Primo de Rivera

llevó a cabo en septiembre de 1923 con la anuencia de Alfonso XIII. No obstante, la presión del movimiento republicano y socialista, del nacionalismo catalán, así como la crítica intelectual hacia el sistema político canovista, obligó a una cierta democratización de la Monarquía constitucional, aceptada incluso por los dos partidos dinásticos que se turnaron el poder, el Conservador y el Liberal, sobre todo después del “Desastre del 98”. Una democratización que incluso había comenzado durante el “Gobierno Largo” de Sagasta, que en 1887 aprobó una nueva Ley de Asociaciones, y en 1890 reconocía el sufragio universal masculino.

Gran parte de las reivindicaciones del movimiento democrático español decimonónico, así como otras netamente socialistas, se plasmaron en la Constitución de 1931, en la que se definía a España como una “República democrática de trabajadores de toda clase”. Por supuesto, merced a esa Constitución, la jefatura del Estado dejaba de ser hereditaria y vitalicia, aunque el presidente de la República se elegía por un sistema semiindirecto; el sufragio universal se amplió por vez primera a las mujeres; las Cortes, al igual que en la Constitución de Cádiz, volvieron a estructurarse de forma unicameral, suprimiéndose un Senado que hasta entonces había tenido una función conservadora, de apoyo a la Corona y de freno al Congreso de los Diputados, excepto en la Constitución de 1869 y sobre todo en el Proyecto de 1873, en donde se pretendía configurar al Senado como una cámara de representación territorial. En la Constitución de 1931 se intentó, en fin, conjugar la democracia representativa con la directa, recogiendo a este efecto, por vez primera en nuestra historia constitucional, los institutos del referéndum y de la iniciativa legislativa popular regulados en el artículo 66.

El Estado social de derecho

Pero además de democrático, el Estado configurado en la Constitución de 1931 era también social. Quizá en este punto más que en ningún otro, el texto republicano engarzaba con las tendencias constitucionales más vanguardistas de la época, encarnadas en la Constitución mexicana de 1917 (cotéjense al respecto sus artículos 3o., 5o., 27 y

123 con los 43 a 48 de la española) y en la de Weimar, y se distanciaba netamente del constitucionalismo español y europeo del siglo XIX.

A este respecto, es preciso recordar que todas las Constituciones españolas del siglo XIX se hallaban muy alejadas de los principios que conforman el Estado social de nuestros días. Progresistas y moderados habían concebido las relaciones entre el Estado y la sociedad desde la más pura óptica del liberalismo clásico, esto es, desde los postulados que habían defendido los fisiócratas franceses y los fundadores de la economía política, Adam Smith y David Ricardo. De este modo, los criterios individualistas fueron los únicos que se tuvieron en cuenta a la hora de regular constitucionalmente las relaciones entre el Estado y la sociedad. Uno y otra se articulaban como dos instancias separadas. El Estado se configuraba como el supremo poder jurídico que debía limitarse a garantizar el libre desenvolvimiento de las energías individuales en el seno de la sociedad y de la organización económica. Por ello, en los textos del siglo XIX no aparecen reconocidos los derechos que hoy llamamos económico-sociales y culturales, como el derecho a la asistencia sanitaria y a un conjunto de prestaciones económicas en caso de vejez e invalidez, o como el derecho a una educación básica pública y gratuita. Desde luego, algunos liberales del siglo pasado, sobremanera los doceañistas, sí habían mostrado un gran interés por el fomento y extensión de la cultura, así como por el desarrollo económico y técnico, pero desde una perspectiva propia del pensamiento de la Ilustración y no, desde luego, desde los supuestos del *Welfare State* o Estado de bienestar de nuestros días.

Sólo los demócratas pusieron en entredicho estos planteamientos desde la segunda mitad del siglo XIX, mostrándose partidarios de una intervención del Estado en la sociedad. A este respecto, sostuvieron que los ayuntamientos debían costear la enseñanza primaria, a la par que se manifestaron a favor de suprimir el sistema impositivo indirecto y regresivo que Alejandro Mon había implantado en 1845, y de sustituir el sistema de quintas por un servicio militar obligatorio. Estas reivindicaciones se recogieron en el manifiesto fundacional del Partido Demócrata Español, fechado en 1849, pero que no llegaron a plasmarse en ninguna Constitución española del siglo XIX, ni siquiera en la de 1869, aunque la primera de ellas se plasmó en el proyecto de Consti-

tución republicana y federal de 1873, que no pasó de ser más que eso: un mero proyecto.

Es cierto que desde finales del siglo XIX y sobre todo a principios del siglo XX (piénsese en Canalejas y Dato), se intentó articular un Estado social de derecho a través de diversas medidas adoptadas por las Cortes y el gobierno, auspiciadas buena parte de ellas por la Comisión de Reformas Sociales, creada en 1883 y transformada a partir de 1903 en el Instituto de Reformas Sociales, presidido, este último, por Gumersindo de Azcárate. Pero no lo es menos que las premisas básicas de este Estado no cristalizaron en ningún texto constitucional hasta la Constitución de 1931, cuyo capítulo II del título III (con el rótulo “Familia, economía y cultura”) consagraba una concepción intervencionista del Estado y reconocía un conjunto de derechos económico-sociales, en coherencia con los programas del liberalismo social y del socialismo democrático en los que se basó la filosofía política de los constituyentes republicanos, según queda dicho. Así, por ejemplo, el artículo 43 de la Constitución señalaba que “el Estado prestará asistencia a los enfermos y ancianos, y protección a la maternidad y a la infancia”. “Toda la riqueza del país, sea quien fuere su dueño —proclamaba el artículo 44— está subordinada a los intereses de la economía nacional”. De acuerdo con esta Constitución, la propiedad privada podía “ser objeto de expropiación forzosa por causa de utilidad social”, e incluso “ser socializada”. El Estado podía “intervenir por ley la explotación y coordinación de industrias y empresas cuando así lo exigiere la nacionalización de la producción y los intereses de la economía nacional” (artículo 44);” La República —sancionaba el artículo 46— asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social regulará: los casos de seguro de enfermedad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte; el trabajo de las mujeres y de los jóvenes y especialmente la protección de la maternidad; la jornada de trabajo y el salario mínimo y familiar; las vacaciones anuales remuneradas...”. Por su parte, el artículo 48 establecía que a la legislación republicana correspondería “facilitar a los españoles económicamente necesitados el acceso a todos los grados de la enseñanza”, que este precepto declaraba “gratuita y obligatoria” en su primer escalón, esto es, la “primaria”.

El Estado integral y las autonomías regionales

La Constitución de 1931 fue el primer texto vigente de nuestra historia constitucional que, rompiendo con el centralismo iniciado por la dinastía borbónica a principios del siglo XVIII y mantenido por el liberalismo español desde principios del siglo XIX, permitió a las regiones españolas obtener su estatuto de autonomía.

La Constitución de 1812 había organizado un Estado no ya unitario, sino uniforme. Los liberales doceañistas se habían limitado a reforzar las tendencias centrípetas que, siguiendo el patrón francés, habían impuesto la Monarquía borbónica desde la entronización de Felipe V, a principios del siglo XVIII. La Constitución de Cádiz reconocía tan sólo una cierta autonomía a los ayuntamientos y diputaciones provinciales, según la vieja tradición municipalista castellana, pero no concedía personalidad jurídica ni autogobierno a los antiguos reinos hispánicos, ni tampoco —temeraria imprevisión— a los vastos y lejanos territorios de la América española.

La centralización del Estado constitucional se incrementó sobremanera con la llegada al poder del liberalismo moderado, en 1844, tras imponerse al progresista Espartero y derogar la polémica Ley de Ayuntamientos de 1840. Sus dirigentes (Gonzalez Bravo, Pidal, Bravo Murillo, entre otros) admiraban los patrones napoleónicos que habían sustentado los afrancesados, entre ellos Javier de Burgos, autor en 1833 de la reforma provincial, todavía en vigor. En los dos textos constitucionales que se elaboraron bajo estas premisas, los de 1845 y 1876, que fueron los de más larga vigencia del siglo XIX español, no tuvo cabida siquiera la autonomía municipal garantizada por la Constitución de Cádiz. La administración local se concibió como mero apéndice del Poder Ejecutivo y en particular del Ministerio de la Gobernación, que actuaba en provincias a través de los gobernadores civiles y los alcaldes. El liberalismo progresista, en cambio, siguió fiel a la autonomía municipal perfilada en Cádiz, que se recogió en los textos constitucionales de 1837 y 1869. Unos textos, sin embargo, que estaban muy lejos de reconocer la autonomía regional. Sólo el proyecto constitucional de 1873, redactado por Emilio Castelar, la verdad que con poco entusiasmo,

había intentado poner en planta un Estado federal al estilo del de los Estados Unidos de América.

Sin desdeñar la experiencia de la Mancomunidad de Cataluña (1914-1924), que agrupó a sus cuatro diputaciones provinciales, resulta indudable que el intento más ambicioso de articular en España un Estado descentralizado correspondió a la Constitución de 1931, la cual consiguió satisfacer —aunque no plenamente y por poco tiempo, cierto es— las aspiraciones de autogobierno de las regiones españolas en las que los partidos nacionalistas tenían más peso. Para tal cometido, articulaba “un Estado integral, compatible con la autonomía de los Municipios y las Regiones”, como decía su artículo 1o. Con el “Estado integral”, concepto no demasiado claro, tomado en parte del iuspublicista alemán Hugo Preuss, los constituyentes quisieron huir tanto del “férreo” e “inútil” Estado unitario (según palabras que utilizó Jiménez de Asúa en su mencionado discurso) como del federalismo pimargalliano, fórmulas que consideraban caducas. Para tal fin creaban un tercer tipo de Estado, el “integral”, que más tarde se llamaría “regional” en Italia, o “autonómico” en la España de 1978. En virtud de este Estado integral se permitía, no se obligaba, que aquellas provincias limítrofes cuya voluntad autonómica quedase objetivamente demostrada tras la superación de determinados requisitos —la aprobación de la mayoría de los ayuntamientos de los municipios que comprendieran las dos terceras partes del censo electoral de esas provincias y el plebiscito favorable de las dos terceras partes de los electores inscritos— pudiesen hacerse cargo, sin que la Constitución especificase el alcance del autogobierno ni desde un punto de vista institucional ni financiero, de un conjunto de materias cuya competencia delimitaban los artículos 14, 15, 16 y 18, según un criterio cuatripartito: *a*) materias exclusivas del Estado, *b*) materias sobre las que éste legislaba, y cuya legislación las regiones autónomas podrían ejecutar, *c*) materias exclusivas de estas últimas, y *d*) las restantes materias, que se reputaban del Estado, aunque éste pudiese transferirlas a las regiones mediante ley.

Sólo Cataluña, País Vasco y Galicia llegaron a aprobar sus estatutos de autonomía, siendo la primera la única que antes de la fatídica fecha del 18 de julio de 1936 pudo poner en planta sus instituciones autonómicas: Parlamento, presidente de la Generalidad y Consejo Ejecutivo.

*Dos palabras sobre la forma de gobierno
y la racionalización del parlamentarismo*

La última característica de la Constitución de 1931, acorde con los esquemas del “parlamentarismo racionalizado” europeo de entreguerras y en abierto contraste con el constitucionalismo español anterior, consistía en regular de forma detallada el sistema parlamentario de gobierno, sobremanera los mecanismos destinados a exigir por parte de las Cortes la responsabilidad gubernamental.

Hasta entonces, el sistema parlamentario de gobierno, desechado por la Constitución de Cádiz y propiciado por el Estatuto Real y los textos constitucionales ulteriores, se había dejado al albur de las convenciones y prácticas políticas, y sólo se había regulado muy parcialmente en los reglamentos parlamentarios. Es verdad que el artículo 53 de la Constitución de 1869 había constitucionalizado un mecanismo tan consustancial a esta forma de gobierno como la moción de censura, pero además de ser la excepción que confirma la regla, lo había hecho de una forma lacónica en extremo.

La Constitución de 1931, en cambio, partiendo de la compatibilidad entre el cargo de ministro y la condición de diputado (artículo 63), establecía expresamente las bases del sistema parlamentario de gobierno. Este texto regulaba de forma diferenciada, por primera vez en nuestra historia, la responsabilidad penal (artículo 92) y la responsabilidad política (artículos 84 y 91) de los miembros del gobierno ante las Cortes; esta última podía ser individual o solidaria, según respondiesen ante el Congreso de la propia gestión ministerial o de la política del gobierno (artículo 91).

El texto de 1931 regulaba, asimismo, de forma expresa e incluso minuciosa, el voto de censura, que podía proponerse contra el gobierno o contra alguno de sus ministros. El artículo 64 requería, a este respecto, la firma de cincuenta diputados para proponer el voto de censura, que éste fuese motivado, que entre la presentación del voto de censura y el comienzo de su discusión mediasen cinco días y, en fin, que para aprobarlo fuese necesaria la mayoría absoluta de los miembros de las Cortes. Una regulación que —completada por el extenso artículo 119 del Reglamento parlamentario de 1934— pretendía, al igual que otras

Constituciones europeas de la época, propiciar un uso prudente y responsable de este poderoso instrumento de control parlamentario.

En la práctica, no obstante, de poco sirvieron estas cautelas. Es preciso tener en cuenta, en efecto, que el artículo 75 de la Constitución, cuyo contenido dio lugar a muy dispares interpretaciones doctrinales, señalaba que el presidente de la República debía separar a los ministros si las Cortes les negaban de modo explícito su confianza. Se trataba, pues, de un “voto de desconfianza”, que en la práctica sustituyó —y anuló— el voto de censura previsto en el ya comentado artículo 64. Así, en efecto, el 3 de octubre de 1933, Alcalá- Zamora se vio obligado a destituir al primer ministro Alejandro Lerroux como consecuencia de un “voto de desconfianza” interpuesto por las Cortes a tenor del artículo 75, y no mediante un voto de censura previsto en el artículo 64. Se trató, en todo caso, de la única caída gubernamental por medios parlamentarios.

Las demás crisis ministeriales se produjeron por discrepancias entre el jefe del Estado y el presidente del gobierno, cuyas competencias no delimitaba muy correctamente la Constitución —como ocurría con la facultad de disolver las Cortes—, o bien por disensiones internas de los partidos que formaron las sucesivas coaliciones ministeriales. Unas disensiones que venían propiciadas en no pequeña medida por la atomización del sistema de partidos imperante durante la II República.

LAS CONSTITUCIONES ESPAÑOLAS DE 1931 Y 1978: SIMILITUDES Y DIFERENCIAS

La Constitución de 1931, pues, marca un verdadero hito en la historia constitucional española. Con ella, España se inserta en la nueva oleada constitucional que se inicia tras la Gran Guerra y rompe con el constitucionalismo decimonónico, sobre todo con el moderado y conservador.

Ahora bien, para valorar cabalmente el significado de la Constitución de 1931 en el marco de la historia constitucional, no sólo en la española, es preciso añadir que fue la única nacida en España que tuvo notable resonancia en el constitucionalismo comparado, si se exceptúa, claro está, la de 1812, cuyo influjo externo fue ciertamente mucho

mayor todavía. El eco de la Constitución republicana española, particularmente en su tratamiento de las autonomías regionales, se percibe sobre todo en la Constitución italiana de 1947, pero en general fue un texto influyente en el constitucionalismo europeo posterior a la II Guerra Mundial y, por supuesto, en la vigente Constitución española.

En realidad, la Constitución republicana de 1931 fue la única Constitución española que los constituyentes de 1978 tuvieron realmente en cuenta. Al fin y al cabo también era la más próxima en el tiempo, si se descartan, por supuesto, las leyes fundamentales del franquismo, que, al basarse en la negación de la democracia liberal, se sitúan en las antípodas tanto de la Constitución de 1931 como de la vigente Constitución de 1978. Si se prescinde de la distinta configuración de la jefatura del Estado, estas dos últimas Constituciones se inspiran en unos mismos principios. En línea con los dispuesto por la Constitución de 1931, en efecto, la Constitución Española de 1978 pone en planta un “Estado social y democrático de Derecho” (artículo 1,1), basado en la supremacía de la Constitución (artículo 9,1), una supremacía que el Tribunal Constitucional garantiza. De otro lado, la Constitución de 1978, sin perjuicio de fundamentarse “en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles”, “reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas” (artículo 2o.).

Ciertamente, la concreción de estos principios no es la misma en uno y otro texto, y creo sinceramente que el de 1978 es mejor que el de 1931, tanto desde un punto de vista técnico-jurídico como político y social. Desde el primer punto de vista, quisiera destacar tan sólo la más adecuada configuración actual del Tribunal Constitucional, sobre todo en lo que concierne a los criterios seguidos para su composición, mucho más políticos que técnicos entonces, a diferencia de lo que ocurre ahora. La concepción del Estado autonómico está, asimismo, más desarrollada en la actual Constitución que en el código republicano, aunque el vigente título VIII no resulte precisamente ejemplar. La regulación del sistema parlamentario de gobierno es, por último, más clara y coherente en el texto constitucional de 1978 que en el de 1931.

En lo que concierne al segundo punto de vista, la Constitución de 1978 fue fruto de un consenso político y social mucho más amplio que

la de 1931. Mientras la Constitución republicana se hizo de espaldas o en contra de una buena parte de la sociedad española, la de 1978 consiguió reunir en su torno a la mayoría de los españoles, ansiosos de lograr, por fin, una convivencia pacífica y democrática, capaz de restañar las heridas abiertas por la Guerra Civil y por los largos años de dictadura.

La mayor capacidad integradora de la Constitución de 1978 respecto de la de 1931 se pone de manifiesto sobre todo en el siempre vidrioso asunto de la cuestión religiosa. La Constitución de 1978 consagra, desde luego, un Estado aconfesional, pero de ella ha desaparecido el sectarismo anticlerical en el que había incurrido la Constitución de 1931, cuya más patente manifestación fue su prolijo artículo 26, que constreñía gravemente la libertad religiosa e incluso la de educación. Un artículo que contribuyó de forma decisiva a que muchos católicos españoles, incluso aquellos que inicialmente habían apoyado el advenimiento de la República, diesen la espalda al nuevo régimen, como en su momento denunciaron Niceto Alcalá Zamora y Miguel Maura, ilustres representantes de una imprescindible derecha liberal republicana, que se vieron obligados a dimitir del gobierno provisional como consecuencia de la aprobación de tan perjudicial artículo, aunque el primero fuese nombrado poco después presidente de la República.

En cualquier caso, es preciso reconocer que el indudable avance técnico y político que la vigente Constitución española representa respecto de la de 1931 se debe en no pequeña medida al hecho de que los constituyentes de 1978 conocían muy bien la Constitución republicana y, desde luego, tenían el firme propósito de no incurrir en sus defectos.

COMENTARIO BIBLIOGRÁFICO

El anteproyecto de Constitución redactado por la Comisión Jurídica Asesora y el proyecto de Constitución aprobado por las Cortes Constituyentes pueden verse en Diego Sevilla Andrés, *Constitución y otras leyes y proyectos políticos de España*, Madrid, Editora Nacional, II, 1969, pp. 139-198. En las pp. 203-213 de este libro se encuentra el mencionado discurso que pronunció Luis Jiménez de Asúa al presentar el proyecto de Constitución ante las Cortes Constituyentes de 1931. El

texto definitivo de la Constitución está en las pp. 215-250. Esos tres documentos pueden verse también en el mucho más reciente libro de Santos Juliá, *La Constitución de 1931*, de la colección Las Constituciones Españolas, vol. 8, dirigida por Miguel Artola, Madrid, Iustel, 2009. El texto del citado Reglamento Parlamentario de 1934 lo reproduce Ignacio Fernández Sarsaola en su libro *Reglamentos parlamentarios. 1810-1978*, de la colección Leyes Políticas Españolas, vol. 3, que he tenido el honor de dirigir, Madrid, Iustel, 2012.

Las Constituciones mexicana de 1917, alemana de 1919, austríaca de 1920 y checoslovaca del mismo año, pueden verse en el mencionado libro de Adolfo G. Posada y Nicolás Pérez Serrano, *Constituciones de Europa y América*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 2 vols., 1927. En mi libro *Textos básicos de la historia constitucional comparada* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998) se reproducen las tres primeras Constituciones citadas.

Un autorizado análisis del constitucionalismo de entreguerras está en Boris Mirkin Guetzevitch, prólogo a *Las nuevas Constituciones del mundo*, Madrid, Editorial España, 1931. Del influjo de este constitucionalismo en la Constitución de 1931 se ha ocupado Javier Corcuera Atienza en “La Constitución española de 1931 en la historia constitucional comparada”, recogido en Joaquín Varela Suanzes-Carpegna (ed.), *Modelos constitucionales en la historia comparada*, “Fundamentos”, vol. 2, Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 2000, pp. 629-697. Resulta también de especial interés para el libro en el que se incluye el presente ensayo el minucioso artículo de Héctor Fix-Zamudio, “El recurso de amparo en México y en España: su influencia recíproca”, *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, núm. 7, 1979, pp. 227-267, así como el breve escrito de Ma. Pilar Villabona, “La Constitución mexicana de 1917 y la española de 1931”, *Revista de Estudios Políticos*, núms. 31 y 32 (monográficos sobre la II República Española), 1983, pp. 199-208. De la influencia de Hans Kelsen en el modelo de justicia constitucional plasmado en el código republicano, se ocupa José Luis Cascajo Castro, “Kelsen y la Constitución de 1931”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 1, 1978, pp. 243-255. Sobre la actual vigencia del constitucionalismo de entreguerras me extiendo en “El constitucionalismo en el siglo XXI”, publicado por vez primera en el

núm. 195, septiembre de 2009, pp. 60-69, de *Claves de Razón Práctica*, y cuya última versión en español vio la luz en la *Revista Peruana de Derecho Público*, núm. 28, enero-junio de 2014, pp. 13-29.

El engarce de la Constitución de 1931 con el constitucionalismo progresista español y su ruptura con el conservador es subrayado por Adolfo Posada en *La nouvelle Constitution Espagnole. Le régime Constitutionnel en Espagne: evolution, textes, commentaires*, París, Recueil Sirey, 1932. Este libro se tradujo al español por vez primera en 2006, con motivo del septuagésimo quinto aniversario de la Constitución de 1931, en una edición y traducción de Antonio Bueno Armiño para el Instituto Nacional de la Administración Pública, con un estudio preliminar mío, titulado “Adolfo Posada y la Constitución de 1931”, que recogí más tarde en mi libro recopilatorio *Política y Constitución en España. 1808-1978*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, prólogo de Francisco Rubio Llorente. Sobre el lugar de la Constitución de 1931 en el constitucionalismo español me extiendo en mi amplio estudio preliminar, “Las Constituciones españolas en su contexto histórico”, a *Constituciones y leyes fundamentales*, vol. 1 de la citada colección Leyes Políticas Españolas, Madrid, Iustel, 2012, y con mucha más amplitud en una monografía que espero publicar en breve: *Historia constitucional española (normas, instituciones, doctrinas)*, Madrid, Marcial Pons Historia, 2017.

Entre los clásicos estudios sobre la Constitución de 1931 escritos por autores que vivieron aquella época y que incluso tuvieron un indudable protagonismo en ella, destaca el ya citado libro de Posada (*La Nouvelle Constitution Espagnole*), el de Niceto Alcalá-Zamora y Torres, *Los defectos de la Constitución Española de 1931*, que, junto a *Tres años de experiencia constitucional*, reeditó la madrileña editorial Civitas en 1981, así como los de Luis Jiménez de Asúa, *La Constitución Política de la democracia española*, Santiago de Chile, Ercilla, 1942; Nicolás Pérez-Serrano, *La Constitución Española. Antecedentes, texto, comentarios*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1932; Antonio Royo Villanova, *La Constitución Española de 9 de diciembre de 1931, con glosas jurídicas y apostillas políticas*, Valladolid, Imprenta Castellana, 1934. Una muy posterior visión general de la Constitución de 1931 se encuentra en el libro de Joan Oliver Araujo, *El sistema político de la*

Constitución Española de 1931, Palma de Mallorca, Universitat de les Illes Balears, 1991.

Para ampliar lo dicho sobre la organización y funcionamiento de la justicia constitucional durante la II República española, merece la pena consultar el pionero libro de Rosa Ma. Ruiz Lapeña, *El Tribunal de Garantías Constitucionales en la II República española*, Barcelona, Bosch, 1982, así como el mucho más reciente de Martín Bassols Coma, *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República. La primera experiencia de justicia constitucional en España*, Madrid, Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010. Desde una perspectiva comparada, se ocupa de este asunto Pedro Cruz Villalón en *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

La innovación que supuso la Constitución de 1931 en la protección de los derechos fundamentales, tanto los civiles como los políticos y sociales, es subrayada recientemente por Juan María Bilbao Ubillos en su estudio preliminar a *Derechos y libertades*, vol. 5 de la colección Leyes Políticas Españolas 1808-1978, Madrid, Iustel, 2015.

En lo que concierne al Estado integral y las autonomías regionales, un asunto sobre el que existe una abundante bibliografía, es preciso mencionar el libro de Santiago Varela Díaz, *El problema regional en la II República Española*, Madrid, Unión Editorial, 1976. Yo mismo me he ocupado de este asunto en “La cuestión territorial en España (1873-1936): del fracaso del federalismo a la liquidación del Estado integral”, que se encuentra en mi citado libro *Política y Constitución en España. 1808-1978*.

En ese mismo libro incluyo un trabajo, “El control parlamentario del gobierno en la historia constitucional española (1808-1936)”, que se ocupa del señalado contraste entre la regulación del control parlamentario en nuestro constitucionalismo del siglo XIX y la “racionalización del parlamentarismo” en la Constitución de 1931. El término “parlamentarismo racionalizado” lo empleó por primera vez Boris Mirkin en su influyente libro *Les Nouvelles Tendances du Droit Constitutionnel*, París, 1932.

Del interés que despertó la Constitución de 1931 en el constitucionalismo europeo dan fe los trabajos que poco después de su entrada en vigor le dedicaron destacados especialistas de la época, como el propio Mirkine-Guetzevitch, autor de “La nouvelle constitution espagnole”, que vio la luz en la *Revue Parlementaire*, enero de 1932, pp. 127-132, así como Franco Pierandrei, “La Costituzione spagnola del 9 de dicembre de 1931 e l’evoluzione costituzionale della Spagna”, que se publicó, primero, como introducción al volumen *La Costituzione spagnola del 9 de dicembre de 1931*, Florencia, 1946, y que después se recogió en sus *Scritti di Diritto Costituzionale*, Giappichelli Editore, Turín, 1964, vol. III, pp. 303 y ss. En la doctrina italiana llamó especialmente la atención la fórmula del Estado integral y el desarrollo de la autonomía catalana, asuntos de los que muy tempranamente se ocupó Gaspare Ambrosini en *Autonomia Regionale e Federalismo*, Roma, Edizione Italiani, 1933, pp. 55-92. Este mismo autor tendría muy en cuenta el modelo español en el informe sobre la autonomía regional que, como diputado, presentó a la Asamblea Constituyente de 1947, encargada de elaborar la vigente Constitución italiana de 1948. Este informe, junto al estudio antes citado sobre el Estado integral y la autonomía catalana, se publicó más tarde en *L’ordinamento regionale. La riforma regionale nella Costituzione Italiana*, Bolonia, Zanichelli Editrice, 1957, pp. 16-45.

En fin, del influjo de la Constitución de 1931 en la vigente Constitución Española de 1978, pero también de las diferencias entre aquella y ésta, me ocupo en “La Constitución de 1978 en la historia constitucional española”, recogido en mi tantas veces citado libro *Política y Constitución en España. 1808-1978*.



INFLUENCIA EXTRANJERA
Y TRASCENDENCIA INTERNACIONAL
(DERECHO COMPARADO)

Fue editado por el INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS HISTÓRICOS
DE LAS REVOLUCIONES DE MÉXICO, SENADO DE LA REPÚBLICA
Y EL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM.

Se terminó de imprimir en 2017 en los talleres
de Impresora y Encuadernadora Progreso,
S. A. de C. V. (IEPSA). San Lorenzo núm. 244,
Col. Paraje San Juan, Del. Iztapalapa,
C. P. 09830, Ciudad de México.

Su tiraje consta de 1 000 ejemplares
en cartóné y 100 en tela.

La Constitución de 1917 fue la culminación del proceso revolucionario que dio origen al México del siglo xx. Para conmemorar el Centenario y la vigencia de nuestra Carta Magna es menester conocer el contexto nacional e internacional en que se elaboró y cómo es que ha regido la vida de los mexicanos durante un siglo. De ahí la importancia de la presente obra.

El Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México (INEHRM) tiene la satisfacción de publicar, con el Senado de la República y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, la obra “México y la Constitución de 1917”. En ella destacados historiadores y juristas, politólogos y políticos, nos dan una visión multidisciplinaria sobre el panorama histórico, jurídico, político, económico, social y cultural de nuestro país, desde la instalación del Congreso Constituyente de 1916-1917 hasta nuestros días. Científicos sociales y escritores hacen, asimismo, el seguimiento de la evolución que ha tenido el texto constitucional hasta el tiempo presente y su impacto en la vida nacional, así como su prospectiva para el siglo xxi.



CULTURA
SECRETARÍA DE CULTURA

