

JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y CONSENSO BÁSICO

REFLEXIONES COMPARATIVAS SOBRE DESARROLLOS CONSTITUCIONALES MEXICANOS Y ALEMANES

Hans-Rudolf HORN

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Desarrollo de la justicia constitucional*. 1. *La vía a una justicia constitucional auténtica en México*. 2. *Orígenes de la justicia constitucional en Alemania*. 3. *Funcionamiento del Tribunal Constitucional de la Federación*. III. *Legitimación y límites de la justicia constitucional*. 1. *Democracia y coordinación de poderes*. 2. *Algunas estructuras de la jurisprudencia constitucional alemana*. 3. *Desviaciones alemanas del modelo austriaco*. IV. *Consenso básico y partidos políticos*. 1. *Origen y fin de los partidos políticos*. 2. *Consenso básico y justicia constitucional*. 3. *Dirección política y participación popular*. A. *Elementos del consenso real en México*. B. *Posibles continuaciones de la Reforma Política de 1977*. C. *Voluntad general y diálogo político*.

I. INTRODUCCIÓN

1. La justicia constitucional, en todos sus matices, es el tema al cual el homenajeadado consagró la mayor parte de la obra de su vida, tratándole bajo los puntos de vista de procedimiento y del derecho sustancial. En sus trabajos múltiples desempeñan un papel crucial los aspectos del derecho comparado. Cabe decir que Héctor Fix-Zamudio es uno de los protagonistas más renombrados de la justicia constitucional en el mundo contemporáneo.

La facultad judicial de revisar la constitucionalidad de leyes regularmente expedidas por el parlamento, es un tópico crucial de la discusión constitucional. Necesidad y legitimidad de la revisión judicial son examinadas tanto en el nivel académico como político ya desde casi dos siglos. Junto con el rector de la Universidad Nacional Autónoma de México, doctor Jorge Carpizo, el homenajeadado resumió los argumentos en favor de la revisión judicial en una publicación, que apareció en 1985 en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*.¹ En

¹ Carpizo, Jorge y Héctor Fix-Zamudio, "La necesidad y la legitimidad de la

el comienzo de su trabajo los autores apuntan las controversias sobre la legitimidad de la justicia constitucional, que resurgen periódicamente a partir de la famosa polémica en los años treinta entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, que recientemente ha revivido con las críticas hacia la revisión judicial de Raoul Berger y Lord Devlin.² También en Alemania se discuten de nuevo los problemas pertenecientes a estas cuestiones, aunque con menos intensidad.³

2. Sin lugar a dudas, en los Estados Unidos de América y en varios países, especialmente en Europa continental y América Latina, la justicia constitucional, inclusive la revisión judicial, que representa un meollo esencial de ella, alcanzó un grado de reconocimiento común, que las objeciones y críticas no parecen aptas para exponerla seriamente a la duda. A pesar de todo, se puede pronosticar que la discusión sobre la legitimidad de la revisión judicial no va a cesar completamente en el futuro, pues también en países que la reconocen oficialmente, dicha discusión no pierde su importancia, sino cambia solamente el objeto en el sentido de que se refiere menos a la legitimidad que a los límites de la justicia constitucional.

3. El diálogo internacional sobre los tópicos cruciales del derecho constitucional es una tarea difícil, pero indispensable para conocer las soluciones que otros Estados han dado a problemas similares. Tal discusión necesariamente tiene carácter interdisciplinario; de ahí que debe comprender también ciertos aspectos de las ciencias políticas y de la filosofía del derecho. Al tomar en cuenta las múltiples interdependencias económicas, políticas, culturales y sociales, que acuñan especialmente

revisión judicial en América Latina. Desarrollo reciente", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 52, enero-abril de 1985, pp. 31-64.

² Cfr., especialmente Cappelletti, Mauro, que rechaza dichas críticas en su estudio "Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle", *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, núm. 2, 1981, pp. 625-647.

³ Rasehorn, Theo, recientemente se dedicó a estos problemas y a la polémica entre Carl Schmitt y Hans Kelsen en su artículo "Carl Schmitt siegt über Hans Kelsen. Das Ende der Weimarer Republik im Spiegel juristischer Publizistik", en *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B 48/85, noviembre de 1985, pp. 3 y ss. Parece significativo que la publicación apareció en una revista de las ciencias políticas, pues Kelsen desempeña un papel más grande en la literatura jurídica latinoamericana que en la alemana por razones distintas. Kelsen y Schmitt en 1932 fueron profesores de la misma facultad de Colonia y los dos tuvieron que ver con el proceso ante la Corte Estatal del Imperio alemán sobre la destitución del gobierno democrático de Prusia, por el gobierno imperial de V. Papen que un año después contribuyó esencialmente a la toma de poder de Hitler. Kelsen perteneció a los expertos del gobierno prusiano, Schmitt fue representante del Imperio. A pesar de todo no fue correcto nombrar a Kelsen el "antagonista democrático" de Schmitt, en el sentido de que este es nada más que un seguidor de ideologías totalitarias.

las relaciones entre los países iberoamericanos y europeos, es de extrañar, que el intercambio internacional no es tan intenso como debiera esperarse. Es preciso superar la opinión errónea de que el estudio de la Constitución podría realizarse exclusivamente dentro de las fronteras del Estado respectivo. El derecho constitucional comparado no es una actividad meramente académica, sino que puede ayudar a cumplir la función importante de examinar y evaluar los puntos de vista esenciales del discurso jurídico que sean útiles para realizar los postulados constitucionales en el propio país, al tomar en cuenta que los textos más hermosos de los códigos fundamentales no pueden garantizar el funcionamiento de la democracia eficaz ni proteger los derechos humanos, cuando faltan los procedimientos jurídicos y políticos necesarios.

La Constitución no es algo dado y firme que tenga eficacia por su mera promulgación, sino que necesita el apoyo y la defensa de todos los ciudadanos, cuyo consentimiento es la base de funcionamiento. En este contexto se suele hablar del consenso básico, del consenso popular o del compromiso central.⁴ Dichas ideas comúnmente reconocidas tienen que ver con la soberanía popular que funda la legitimación y los límites del estado moderno. El consenso básico se expresa en el texto de la Constitución, pero no puede equipararse con él, pues le precede y supone y hasta puede modificar la significación de las normas constitucionales en el curso del desarrollo político y social.

4. En México no se puede interpretar cabalmente la Constitución de 1917 sin tomar en cuenta la revolución mexicana, especialmente sus postulados sociales, consagrados en el mismo código fundamental. No es fácil comparar la situación de México con la de la República Federal de Alemania, en donde la ley fundamental no se funda en una revolución autóctona, sino que fue la consecuencia de la derrota total en la Segunda Guerra Mundial y la separación del Reich Alemán por los conquistadores. Se evitó intencionalmente el término "Constitución" para destacar la solución provisional en una Alemania dividida. Sin embargo, no está justificado hablar de una mera imposición por parte de las fuerzas de ocupación occidentales, pues la ley fundamental

⁴ Cfr., Horn, Hans-Rudolf, "República Federal de Alemania: Justicia y defensa de la Constitución", en *La Constitución y su defensa*, México, UNAM, 1984, pp. 569 y ss. y 615 y ss. El consenso básico es el tema principal de la obra colectiva de Benda, Ernst; Werner, Maihofer, y Hans-Jochen, Vogel (compiladores), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Berlín, New York, 1984; cfr., la reseña de Achterberg, Norbert, *Die Öffentliche Verwaltung*, 1985, pp. 208-211, y la de Nieto, Alejandro, *Revista de administración pública*, Madrid, 1985, pp. 399-401.

reanudó las tradiciones alemanas del siglo pasado, expresadas en la fiesta del movimiento liberal en Hambach bajo la bandera de "Negro-Rojo-Dorado" (1832) y el proyecto de la Constitución de la Iglesia de San Pablo 1848. Las raíces espirituales de la ley fundamental de Bonn del año 1949 se fundan además en el movimiento de resistencia en contra de Hitler que comprendió socialistas, liberales y cristianos.

Sus ideas democráticas se expresaron en los partidos políticos que han acuñado el desarrollo político en la República Federal de Alemania. Se trata de partidos que ya habían existido antes del régimen del nacionalsocialismo, como el Partido Socialdemócrata de Alemania, por una parte, y nuevos partidos como primordialmente la Democracia Cristiana, por la otra (formalmente dos partidos distintos: la Unión Cristiano-Demócrata y la Unión Cristiano-Social, que se limita a Baviera), que abandonó la tradición de un partido exclusivamente católico como lo fue el "Zentrum" en la época de Weimar.

La ley fundamental de 1949 consagró por primera vez en el texto constitucional la función de los partidos políticos que participan en la formación de la voluntad política del pueblo. La constitucionalización de los partidos políticos entretanto se realizó en varios países como también en México en el curso de la Reforma Política de 1977. Allí simultáneamente se creó una base constitucional para las actividades políticas, reconociendo de esta manera la retórica política, que es el fundamento de la autoexposición también para los partidos de oposición.

El divulgado desprestigio de los partidos políticos que parece ser un fenómeno ubicuo en la historia y en la actualidad, a veces hace olvidar que la democracia de masas no puede funcionar sin partidos, que posibilitan la participación política del pueblo. Una medida eficaz para prevenir el abuso del poder político, ejercido por los partidos, es la justicia constitucional, que se funda en el consenso básico. Los esfuerzos del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania merecen atención especial en este contexto.

II. DESARROLLO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *La vía a una justicia constitucional auténtica en México*

La génesis del juicio de amparo en México es uno de los temas más discutidos también entre los juristas de otros países. De ahí que podría parecer ocioso tratar esta cuestión también en un trabajo dedicado a Héctor Fix-Zamudio, que ha expuesto todos los ángulos del problema

en su obra magnífica de su vida como ningún otro autor. A pesar de todo, convienen algunas advertencias necesariamente sumarias sobre las controversias tradicionales, inclusive la cuestión antigua para determinar si Manuel Crescencio Rejón o Mariano Otero es el padre del amparo mexicano. Pues dicha pregunta no es meramente académica, como se puede suponer a primera vista en el extranjero.

En una de las publicaciones más divulgadas sobre el amparo, es decir, en el comentario a la *Nueva legislación de amparo reformada* de Alberto Trueba Urbina y Jorge Trueba Barrera (la 43 edición de 1982, por ejemplo, constó de 15,000 ejemplares), se destaca la conclusión literal: "Fue Rejón el precursor del amparo, fue don Mariano Otero su creador."⁵ El homenajeado y un número creciente de constitucionalistas, por otro lado, ponen de relieve los puntos de vista para comprobar, que Rejón y Otero juntos fueron los creadores del juicio de amparo. Esta diferencia no se puede calificar como un matiz insignificante, pues cuando se considera a Otero como el padre del amparo, la restricción de la idea primitiva de Rejón, realizada en la Constitución del estado de Yucatán, gana más importancia. Es el mérito indudable de Otero que fue introducido el amparo en el ámbito federal por el artículo 25 del Acta de Reformas a la Constitución de 1824, promulgada el 18 de mayo de 1847, después de que Rejón se había retirado de los debates. Según el proyecto de Otero, se establecieron los efectos particulares de la sentencia protectora y la prohibición de declaraciones generales, disposición que se conoce con la denominación "Fórmula Otero";⁶ ésta actualmente está consagrada en la tracción II del artículo 107; "se ha conservado posteriormente en forma prácticamente sacramental", como dijo el homenajeado con toda razón en su comentario a la Constitución.⁷ Quienes seguirán adorando a Otero como creador del amparo, se atajarán el camino a una justicia constitucional auténtica.

Desde hace algunos años, el homenajeado, junto con otros constitucionalistas ilustres como Jorge Carpizo, ya pugna por la supresión de la llamada "Fórmula Otero", que cumplió su misión histórica. En el

⁵ Trueba Urbina, Alberto, y Jorge Trueba Barrera, *Nueva legislación de amparo reformada*, Doctrina, textos y jurisprudencia, 43 edición actualizada, México, 1982, p. 413 (el desdén frente a Rejón se expresa también en la falta del tratamiento honorífico de "don" otorgado a Otero).

⁶ Cfr., Horn, Hans-Rudolf, "Legitimación y límites del Poder Ejecutivo", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 37, enero-abril de 1980, pp. 53 y ss. y 95 y ss.

⁷ Fix-Zamudio, Héctor, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Comentada*, México, UNAM, IIJ, 1985, p. 255.

siglo pasado las condiciones justificaron la limitación de los efectos de la revisión judicial al caso particular. Entonces, desórdenes internos y conflictos graves ante la Federación y las entidades federativas forzaron a los constituyentes evitar todas las regulaciones que podrían amenazar a la autoridad y el poder público, por una declaración general en el sentido de que una ley ordinariamente promulgada fuese nula. Se quería, como lo expresó el diputado Arriaga, "que las leyes absurdas, que las leyes atentatorias sucumban parcialmente, paulatinamente, ante fallos de los tribunales, y no con estrépito ni con escándalo en un parlente abierto a luchas funestas entre la soberanía de los estados y la soberanía de la federación".⁸ Hoy en día, por el contrario, el prestigio de gobierno y Parlamento resulta perjudicado mucho más cuando se renuncia a resolver el problema de una ley inconstitucional de una manera rápida, obligatoria y eficaz. Solamente así se podrá evitar la repetición de varios procesos acerca de la validez de la misma norma, que en la época de prensa y telecomunicación seguramente no quedarán desconocidos. Otro punto de vista desempeña un papel más importante: según los principios del Estado social, consagrados en la misma Constitución mexicana, parece insoportable que haya personas que sigan estando agraviadas por una ley inconstitucional por la razón simple y sencilla que no tengan recursos económicos para pedir el amparo o no saben defender sus derechos por su precaria situación.⁹

Surge la siguiente pregunta: por qué dichos argumentos convencedores, expuestos reiteradamente en muchas publicaciones, no han podido superar hasta hoy la opinión tradicional, que se refiere no solamente a Otero, sino también a otros juristas famosos como especialmente Emilio Rabasa. A veces se puede tener la impresión de que se sigue estimando tanto la Fórmula Otero por razones menos racionales que más bien nacionales en el sentido de que se considera ésta como una invención netamente mexicana, mientras que, según la misma convicción, la revisión judicial de leyes hubiese provenido de la Constitución de los Estados Unidos. Al indagar sus textos de ella sin prejuicios, sin embargo, es preciso constatar que en realidad la revisión judicial no fue consagrada en la Constitución misma, como todavía supone una mayoría de los constitucionalistas en el mundo. El artículo 6, en el cual

⁸ Cfr., Horn, *loc. cit.*, *supra* nota 2, p. 97.

⁹ Fix-Zamudio, Héctor, *Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, 1977, p. 119; Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, 3ª ed., México. UNAM, 1979, pp. 276 y ss., y en algunas publicaciones más de los dos autores.

ésta se funda, no dice ninguna palabra sobre la facultad de revisar leyes federales, sino que equipara éstas expresamente a “esta Constitución”; la cual, junto con las leyes de los Estados Unidos, obligan a los jueces de cada Estado. En el fondo se trata de una norma acerca de la supremacía de leyes federales frente a leyes de los Estados, es decir, de una disposición sobre las relaciones entre la Federación y las entidades federativas. La norma nada tiene que ver con la supremacía de la Suprema Corte ni con los tribunales en general, sino que se dedica exclusivamente al problema del Estado federado, que en esta forma constituyó una novedad en la vida política y constitucional. Ni en los trabajos preparatorios ni en los textos constitucionales se encuentra alguna disposición o consideración que atribuya a la Suprema Corte o a otro tribunal la facultad de anular leyes.¹⁰

La revisión judicial fue la creación genial de la misma Corte Suprema de los Estados Unidos, que desde luego, se refirió a la Constitución y la supremacía de ésta, expresada en el código fundamental mismo. La influencia y el prestigio de la jurisprudencia se fundaron primordialmente en la personalidad del juez principal Marshall. En México fueron divulgadas las ideas de la revisión judicial en primer lugar por el famoso libro de Tocqueville *De la democracia en América del Norte*, cuya traducción al español ya apareció en 1836, un año después de su publicación original. Es significativo que se realizó una reimpresión de esta obra en 1855, el año en el cual se convocó el Congreso Constituyente, que elaboró la carta federal de 1857, en la que se consagró definitivamente el amparo.¹¹

El primer texto constitucional que claramente otorgó el amparo constitucional contra leyes, es la Constitución de Yucatán de 1841, no solamente en América Latina, sino en el mundo moderno, pues las normas de la Constitución de los Estados Unidos no contienen una regulación de semejante claridad. De ahí que se puede estimar que el desarrollo de una justicia constitucional auténtica, que se caracteriza por los efectos generales de los fallos de la Suprema Corte de Justi-

¹⁰ Horn, Hans-Rudolf, “Die Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze als verfassungsrechtliches Problem”, *Die Öffentliche Verwaltung*, 1980, pp. 84 y ss., p. 86; en el mismo sentido, Carrillo Flores, Antonio, “La Constitución real de los Estados Unidos y la Suprema Corte”, *Revista de la Universidad de México*, núm. 27, nueva época, julio de 1983, pp. 8-12, consentiendo García LaGuardia, Jorge Mario, en su reseña en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 52, enero-abril de 1985, p. 255.

¹¹ Fix-Zamudio, Héctor, *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, México, D. F.-Madrid, 1982, p. 98 (§ 207), p. 122 (§ 274), N. 304.

cia es una continuación consecuente del propio camino mexicano que empezó en Mérida y alcanza su fin en la ciudad de México.

2. Orígenes de la justicia constitucional en Alemania

El Tribunal Constitucional de la Federación (TCF)¹² desempeña un papel crucial dentro del sistema político-constitucional de la República Federal de Alemania; su función puede caracterizarse en el sentido de que marca los límites del Ejecutivo y Legislativo de una manera eficaz. Además, revisa también las sentencias finales de las Cortes Supremas de Justicia en materia civil, penal, laboral, social y fiscal, aunque oficialmente suele declarar que no es una instancia adicional de jurisprudencia. En la realidad, sin embargo, en muchos casos el TCF destaca un aspecto del derecho constitucional, por ejemplo la negación de la audiencia judicial, para fundar su facultad de revisar las sentencias de tribunales generales. Puede hablarse de una paralela interesante con el desarrollo del juicio de amparo en México que paulatinamente fue extendido a todos los ámbitos de la jurisdicción inclusive las materias sin referencia inmediata al derecho constitucional. La diferencia esencial entre los dos sistemas consiste en la circunstancia de que el TCF es un tribunal especializado en asuntos constitucionales al lado de Cortes Supremas de los demás ramos jurídicos con propios códigos de procedimiento, mientras que la Suprema Corte de Justicia en México es el único tribunal supremo, cuya función está establecida por la Constitución, leyes, jurisprudencia y doctrina de una manera apenas controvertida en el fondo. El TCF, por otro lado, definió las competencias suyas por sí mismo de una manera muy independiente, a veces decidiendo en un caso, cuando se hubiese negado su competencia al tomar en cuenta la jurisprudencia anterior, a veces negando una sentencia sustancial en un caso, en el cual se hubiese esperado un fallo sobre una cuestión importante.¹³ A pesar de todo, el TCF sigue gozan-

¹² El término alemán *Bundesverfassungsgericht* usualmente es traducido por "Tribunal Constitucional Federal" o también "Tribunal Federal Constitucional"; por razones lingüísticas parece preferible "Tribunal Constitucional de la Federación" (abreviado TCF), como también en México se dice Tribunal Fiscal de la Federación; simultáneamente tiene la ventaja de recordar la circunstancia de que no sólo la Federación dispone de un tribunal constitucional, sino también las entidades federativas.

¹³ Cfr., por ejemplo las advertencias críticas del juez constitucional Simon, Helmut, "Verfassungsgerichtsbarkeit", en *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (véase *supra* nota 4 en la sección I), que destaca el prestigio enorme del TCF, pp. 1274 y ss.; pero ejemplifica sus dudas en la nota 36

do la más alta autoridad en la República Federal de Alemania. No solamente en las discusiones políticas, sino también con la elaboración de proyectos de leyes por la administración, siempre se refiere a las sentencias del TCF, que parece ser una institución tradicional alemana, aunque existe hace apenas treinta años.

En Alemania ya hubo en el siglo XIX intentos de asignar la defensa constitucional a un tribunal supremo. Debe mencionarse en este contexto la Constitución del 28 de marzo de 1849, resultante de la revolución alemana de 1848, nombrada la *Constitución de la Iglesia de San Pablo*, según el lugar en donde se reunió el primer Parlamento libremente elegido en Frankfurt del Meno. Se había previsto una jurisdicción constitucional con amplias atribuciones. Un Tribunal del Imperio (*Reichsgericht*) como supremo tribunal de Alemania, la que entonces estaba formada por un sinnúmero de reinos, ducados, principados y ciudades libres soberanas, decidiría también sobre una acción que hoy sería denominada "recurso constitucional": al ciudadano alemán individualmente le fue concedido interponer ante el Tribunal del Imperio una queja por violación de los derechos otorgados por la Constitución.¹⁴ La Constitución de la Iglesia de San Pablo quedó meramente como episodio democrático, terminado por las tropas prusianas.

La idea de la justicia constitucional casi no jugó un papel en la posterioridad. El Tribunal del Imperio, establecido en el Imperio creado por *Bismarck* en el año 1879 en Leipzig, era exclusivamente un Tribunal supremo para decidir sobre asuntos civiles y penales. En la República de Weimar este tribunal reclamó la competencia de decidir sobre la constitucionalidad de leyes. En su famoso fallo del 4 de noviembre de 1925 examinó la cuestión de si las leyes de devaluación, regulando las consecuencias de la inflación de 1923, eran compatibles con la garantía constitucional de la propiedad. Tal investigación judicial presupone que el tribunal tenía la facultad de declarar nula una ley, como un contrato que contravenga a la ley o a las buenas costumbres, de acuerdo con los artículos 134 y 138 del Código Civil. En este caso, el contrato es nulo de antemano (*ex tunc*). El Tribunal no llegó a la conclusión de que las leyes en cuestión eran inconstitucionales. Lo esencial de la sentencia fue el reconocimiento principal de

de la p. 1287. Ciertamente se podría aducir más fallos de tiempos más recientes, en los cuales el TCF eludió a una decisión sustancial a decidir formalmente en casos del control concreto de normas.

¹⁴ *Cfr.*, Faller, Hans Joachim, "Defensa constitucional por medio de la jurisdicción constitucional en la República Federal de Alemania", *Revista de Estudios Políticos*, 1979, pp. 47 y ss., esp. p. 48.

la *Revista Judicial de Leyes*. De ahí que debe decirse que el precursor del TCF ha sido más bien el Tribunal del Imperio y no la Corte estatal, aunque la Ley federal adoptó algunas normas sobre la competencia de ésta.¹⁵

Los constituyentes de Bonn fueron más allá de la tradición de la *Corte Estatal para el Imperio alemán*, prevista en el artículo 108 de la Constitución de Weimar. La Ley Orgánica concedió solamente muy pocas facultades a la Corte estatal, facultades que no abarcan la protección de los derechos fundamentales, consagrados en los artículos 109 y ss. de la Constitución de Weimar.

3. *El funcionamiento del Tribunal Constitucional de la Federación*

El TCF se compone de jueces federales y otros miembros, como dice el artículo 94 de la Ley Fundamental (LF). Los constituyentes confiaron la reglamentación de todos los detalles a la Ley Orgánica. El tribunal está integrado por dos salas (*Senate*), cada una de ellas con ocho miembros; antes de la reforma de 1956 fueron doce en cada sala. En la actualidad, tres magistrados en cada sala son electos entre los jueces de las Supremas Cortes Federales. También los demás jueces deben haber cumplido su carrera jurídica. Su periodo de función dura doce años; la reelección está prohibida. Todos los jueces deben tener más de 40 años y se les prohíbe ejercer otra profesión que no sea la de un catedrático de derecho en una universidad alemana.

Mientras el Consejo Federal elige a los jueces constitucionales que le corresponden, en votación directa, en la Cámara de Diputados rige un sistema indirecto de una comisión de doce electores. Las elecciones en ambos gremios requieren mayoría de dos tercios. El presidente y el vicepresidente son electos de manera alterna por la Cámara de Diputados y el Consejo Federal.

Las dos salas, en cierto modo, son autónomas en el sentido de que además de poseer competencias específicas, los miembros de una no pueden ser trasladados a la otra. Por eso se ha hablado de "tribunales gemelos", ya que sólo en contadas ocasiones se reúnen en sesión plenaria para resolver la tesis que debe prevalecer, cuando una de las salas pretenda apartarse en determinados asuntos de los criterios sostenidos por la otra.

Puesto que no se había previsto la interposición de tantos recursos

¹⁵ Horn, *loc. cit.*, *supra* nota 6.

constitucionales, fue inevitable introducir un procedimiento previo de admisión de los mismos, a cargo de comisiones integradas por magistrados del propio Tribunal con la facultad de desestimar aquellos recursos que se consideren notoriamente infundados, que no planteen problemas constitucionales o cuyo rechazo no produzca perjuicios irreparables a los demandantes. Las reformas de la Ley Orgánica de 1956, 1963, 1970 y 1985 se dedicaron a estos problemas.

El procedimiento previo que había sido objeto de discusiones controvertidas, se elevó al rango de disposición constitucional, al adicionarse por una reforma de 1969 el inciso 2 del artículo 94, LF, en el sentido de que la Ley Orgánica puede exigir, como condición previa, el agotamiento de las vías judiciales ordinarias y establece un procedimiento especial de admisión, requisitos que ya se habían establecido antes por la Ley Orgánica.

Por el creciente número de los recursos constitucionales se introdujo una tarifa penal de 1,000 marcos, que puede ser impuesta al reclamante en el caso del abuso del derecho, en el año de 1985. A pesar de todo, no se puede esperar una exoneración eficaz del TCF, que sigue estando cargado por procesos sobre muchos asuntos políticos muy delicados, como lo son el problema del financiamiento de los partidos políticos según una Ley de 1983 o el ajuste financiero sobre las entidades federativas.

La revisión de las leyes por el TCF puede suceder en dos formas:

El *control abstracto de constitucionalidad* de las leyes puede ser interpuesto por los órganos supremos federales o estatales o por partes de ellos. El otro medio para plantear dichas cuestiones ante el TCF es de carácter incidental o prejudicial, calificado por la doctrina como *control normativo concreto*. Cuando un tribunal estima que es inconstitucional la ley aplicable al proceso concreto del cual está conociendo, debe suspender el procedimiento y elevar los autos al TCF —salvo cuando se trate de la contradicción de una ley estatal con la Constitución de la entidad federativa en cuestión, pues entonces debe acudir al tribunal constitucional de ella— a fin de que decida sobre el problema jurídico de la constitucionalidad planteado (artículo 100, LF, y artículos 11, 80 a 82 de la Ley Orgánica).¹⁶

El TCF, en su propia jurisprudencia, modificaba las normas de competencia en el sentido de que fueran válidas las regulaciones constitucionales y legales sobre el control normativo concreto, exclusivamente en los casos de leyes formales promulgadas durante la vigencia

¹⁶ Fix-Zamudio, *loc. cit.*, *supra* nota 7, pp. 170 y ss.

de la ley fundamental, es decir, los demás tribunales podrán decidir por sí mismos cuando se trate de la constitucionalidad de leyes promulgadas en las épocas anteriores a la ley fundamental o de decretos del gobierno federal. Dichas restricciones de la competencia del TCF no valen en los casos del control normativo abstracto, porque el Tribunal parte de la idea de que entonces debe cumplir su función como guardián de la Constitución en sentido amplio, mientras que con el control normativo concreto quiere proteger al legislador democrático contra los jueces ordinarios, que no estarán autorizados a declarar inconstitucional una ley del Parlamento de la República Federal de Alemania. El TCF extiende esta jurisprudencia también a aquellas leyes anteriores a la ley fundamental que fueron adoptadas por el legislador al haber sido modificadas. La cuestión se aclara cuando toda la ley ha sido promulgada de nuevo gracias a una reforma, pero también cuando una ley no fuera modificada esencialmente, puede ser estimada como adoptada por el legislador constitucional. Por ejemplo, no es admisible que un juez ordinario considere como inconstitucional a normas del Código Civil, aunque se trate de secciones no modificadas en los últimos años.

El mismo Tribunal decide cuáles de sus fallos se publicarán en la colección oficial de sentencias que ya abarca 60 volúmenes. También se publican las opiniones disidentes de jueces. Cada decisión publicada comienza con ciertas frases directrices de índole general, más bien en el sentido de normas abstractas, mientras que la *fórmula de sentencia* que continúa, se refiere inmediatamente al caso concreto, la cual se publica en la *Gaceta Oficial*, cuando se declara inconstitucional una regulación.

III. LEGITIMACIÓN Y LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Democracia y coordinación de poderes*

El miedo frente al gobierno judicial es la objeción principal en contra de todas las formas de la justicia constitucional, especialmente la revisión judicial de leyes; se suele repetir la frase que reza: "la tiranía judicial... es la peor de todas las tiranías".¹⁷ Mauro Cappelletti, quien como el homenajeadado pertenece a los protagonistas internacionalmente más prestigiados de la justicia constitucional, toma muy seriamente la objeción de que la legislación judicial es inaceptable, por no ser demo-

¹⁷ Con esta frase termina el comentario a la *nueva legislación de amparo reformada*, loc. cit., supra nota 1 de la sección II, p. 449.

crática.¹⁸ Este argumento bien conocido fue elaborado y destacado recientemente por Lord Devlin y otros autores, que encontraron un eco internacional.¹⁹ Fue articulada de nuevo la preocupación de que una elite sin legitimación democrática inmediata como son los jueces, se aparta demasiado del pueblo y que al fin del camino largo y meándrico inevitable es el Estado totalitario, pues —como se supone— su independencia de ellos está ligada con una falta de responsabilidad hacia los ciudadanos o la mayoría de los ciudadanos y sus representantes. Lord Devlin pugna firmemente contra la participación de los jueces en el procedimiento de la elaboración y evolución del derecho. Abraham Lincoln habló del peligro de que el pueblo habrá dejado de ser su propio gobernante, si la política del gobierno acerca de cuestiones vitales que afectan a todo el pueblo, ha de ser irrevocablemente fijada por las sentencias de la Suprema Corte.

La mayoría de las objeciones en contra de una auténtica justicia constitucional se funda en la idea de que se lesiona la separación de derecho y política y al mismo tiempo la división de poderes, consagrada en todas las constituciones modernas. Se trata de un meollo esencial del Estado moderno de derecho. Bajo la impresión de desarrollos más recientes, sin embargo, crece la convicción de que la teoría clásica de una separación exacta entre los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial necesita algunas modificaciones para actualizarla.²⁰ La doctrina del liberalismo clásico, partiendo de la opinión simplista de que fuese necesario separar los poderes públicos para garantizar la libertad del individuo, no se muestra suficiente para explicar las funciones actuales del Estado. El constitucionalismo moderno se refiere a *Montesquieu*, quien expresó su idea fundamental, en el año de 1748, en su famosa obra *El espíritu de las leyes* con las palabras: "para que no pueda abusarse del poder, es preciso que por disposición misma de las cosas, el poder detenga el poder." De ahí que se llegó a la conclusión errónea de que la unidad del poder público fuere algo dado por sí mismo, que se debería separar para posibilitar la libertad del ciudadano, que se consideró como posible solamente en un rincón no accesible del poder público. Dicha opinión se funda en un antago-

¹⁸ *Loc. cit.*, supra nota 2 de la sección I, pp. 639 y ss.

¹⁹ Devlin, Lord, "Judges and Lawmakers", *Modern Law Review* 39 (1976), p. 1 y 10. *Cfr.*, también Ely, J. H., *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1980.

²⁰ Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 14ª ed., 1976, p. 536 (citado según Corwin, Edward S., *La Constitución norteamericana y su actual significado*, Buenos Aires, 1942, p. 141).

nismo sobreestimado entre el individuo y la comunidad, sin tomar en cuenta que el concepto de la libertad se realiza meramente dentro de la comunidad en el sentido de que un hombre que vive aislado, como Robinson en su isla remota, no piensa en las categorías de la libertad supuestas en el derecho constitucional.

Tampoco puede decirse que la unidad del poder público existe por sí misma. En verdad, es el resultado de esfuerzos indispensables de coordinación. El mismo *Montesquieu* había expresado la necesidad de consenso y compromiso político de una manera más clara en su obra *Pen-seés*. Las modificaciones del texto primitivo, que realizó en el curso de la redacción, al adoptar dicha idea en su obra principal *El espíritu de las leyes*, no significan que hubiese querido abandonar su convencimiento original, sino que se trató de una manera de hablar muy usual en su época de las grandes investigaciones de las ciencias naturales al describir las fuerzas físicas y el paralelogramo de éstas.²¹ Según las teorías del Estado, que ya prevalecieron en la antigüedad y en la edad media, una colaboración de funciones públicas hacia un fin común era considerada como necesaria para la existencia del Estado.

La teoría moderna de la coordinación de los poderes públicos reanuda el pensamiento tradicional que tampoco el mismo *Montesquieu* había rechazado, para resolver problemas de la relación de los tres poderes entre sí. Por una parte, parecen aptos para desvirtuar los argumentos frecuentemente usados en contra de la justicia constitucional, a la cual se reprocha que transgreda los límites constitucionales del poder judicial. Por otra parte, el principio de la coordinación prohíbe también intervenciones excesivas del Poder Judicial. No será posible distinguir tan claramente entre asuntos jurídicos y políticos, como lo sostiene la *doctrina de la cuestión política* en los Estados Unidos de América. En todos los casos, el tribunal deberá decidir si reconoce la resolución del Parlamento o del gobierno, en el sentido de que al fin de su examen constate si se trata de un problema político no accesible al Poder Judicial; pero dicha constatación no puede terminar el examen, de antemano.

Decretar la abstención por parte de los jueces en tales cuestiones sería renunciar a su función específica, en perjuicio, precisamente, de la política, campo que se pretende preservar con la abstención judicial.²²

²¹ Cfr., la literatura mencionada, *loc. cit.*, *supra* nota 4 de la sección I, en mi trabajo nota 37, p. 606.

²² Lange, Ulrich, "Teilung und Trennung der Gewalten bei Montesquieu", *Der Staat*, 1980, pp. 213 y ss. Cfr., también Sánchez Agesta, Luis, *Principios de la teoría política*, 6ª ed., Madrid, 1976, pp. 462 y ss.

2. *Algunas estructuras de la jurisprudencia constitucional alemana*

El alcance y estructura de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de la Federación (TCF) son objetos de un sinnúmero de publicaciones en la República Federal de Alemania y también en algunos otros países. Muchas investigaciones desembocan en la desilusión de los autores que se fundan en la circunstancia de que no han podido encontrar un determinado sistema imaginado por ellos. Tales desilusiones son una consecuencia natural de la opinión errónea de que se podría comprender la jurisdicción constitucional por medio de un sistema deductivo. Se trata de un error perdonable, puesto que muchos giros en las mismas sentencias del TCF parecen insinuar un sistema de tal carácter. Parece preferible examinar la argumentación jurídica bajo los puntos de vista del uso de un lenguaje específico.

En una primera aproximación, el uso de ciertos términos, especialmente el uso frecuente del *esquema valorativo*, puede despertar la impresión de que el TCF parte de un esencialismo axiológico que conoce valores absolutos que serían comprendidos con la ayuda de una intuición axiológica especial. La jurisprudencia del TCF ofrece un amplio repertorio de esquemas que se encuentran entre nociones centrales de la filosofía y la teoría del derecho, tales como "idea del derecho", "idea rectora", "postulado", "razón práctica", "pensamiento de la justicia", etcétera. No es muy difícil ver que aquí se trata de esquemas que juegan un papel decisivo ante todo en la filosofía neokantiana.²³ Sin embargo, sería apresurado inferir de ahí un aseguramiento racional en el sentido de un idealismo neokantiano. El TCF utiliza como sinónimos de la *idea de justicia* expresiones tales como intuición o sentimiento o sensibilidad de justicia, las cuales se adaptan más al vocabulario de teorías jurídicas psicológicas o fenomenológicas. Otros esquemas, en cambio, revelan la proximidad con las concepciones jusnaturalistas y ontológicas. Aquí hay que mencionar primordialmente el frecuente uso del esquema de la "naturaleza de la cosa". Expresiones tales como "bienestar general" o "bien común" se remontan a tradiciones antiguas europeas que han adquirido una importancia relevante en las teorías jurídicas, que parten de las doctrinas de Aristóteles y Santo Tomás de Aquino. Pero no cabe decir que el TCF se refiere a criterios universales, pues muy a menudo se encuen-

²³ Quiroga Lavié, Humberto, "Crisis del Estado", *Memoria del Primer Congreso Internacional de Teoría del Estado*, México, UNAM, 1981, p. 342.

tra también el uso del esquema de interés que recuerda más bien a concepciones de orientación sociológicas.

Finalmente, no faltan las referencias a la tradición idealista de origen hegeliano al utilizar versiones también de una metáfora organológica o sistemático-funcional. Elementos similares encontramos también en la tradición de la teoría general alemana del Estado que hasta ahora —independientemente de su localización teórica— muestra la influencia del estilo de Hegel.

La forma de hablar axiológica del TCF tropieza crecientemente con la crítica. Se debe poner de relieve, sin embargo, que nunca se limita a una constatación intuitiva, si no presenta una especie de procedimiento intuitivo, de suerte que la “ley moral”, a la cual se refiere el artículo 2 (LF), parece convertirse en una función de constataciones científico-sociales especialmente demoscóficas. En esta medida, el *positivismo legal*, temido por los constituyentes, queda superado por un positivismo cultural pragmático de mayor alcance.²⁴ Los criterios más importantes han demostrado ser la cultura, la tradición, el consenso, la “concordancia ideológica” y el “procedimiento democrático”.

El uso reiterado de términos como juicio valorativo, tiene su origen primordialmente en el fallo del 15 de enero de 1958, la famosa sentencia de Lüth, así llamada según el reclamante del recurso constitucional que inició el proceso. Se trata del fundamento de una jurisprudencia sentada.

Según la sentencia de Lüth, la ley fundamental no desea ser un “orden neutro al valor”, sino que en la parte dedicada a los derechos fundamentales ha *establecido un sistema valorativo objetivo*, expresando precisamente aquí un “reforzamiento básico de la validez de los derechos fundamentales”. “Este sistema valorativo, que encuentra su punto central en la personalidad humana, que se desarrolla libremente dentro de la comunidad humana y en su dignidad, tiene que valer en tanto la decisión básica jurídico-constitucional, para todos los ámbitos del derecho.”²⁵

El TCF concibe a los derechos fundamentales no sólo como regulaciones de mecanismos de competencia general y pública, sino tam-

²⁴ Schreckenberger, Waldemar, *Rhetorische Semiotik - Analyse von Texten des Grundgesetzes und von rhetorischen Grundstrukturen der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts*, Freiburg, München, 1978, pp. 245 y 255. Está preparada una traducción al castellano bajo el título *Semiótica del discurso jurídico - Análisis retórico de textos constitucionales*. Cfr., mi artículo en *La Constitución y su defensa*, México, UNAM, 1984, pp. 599 y ss.

²⁵ Schreckenberger, *op. cit.*, nota anterior, p. 376.

bién individual y privada. No extiende, por otro lado, su competencia totalmente en el ámbito del derecho civil, sino que limita la realización de la influencia de los derechos fundamentales primordialmente a las cláusulas generales, tales como las buenas costumbres, que nombra "lugares de irrupción", rechazando doctrinas de efectos inmediatos de los derechos fundamentales hacia terceros, que llevaría consigo una disolución de la autonomía privada. El resultado esencial, en cambio, es que se supera la separación esquemática entre individuo y comunidad, de suerte que se puede hablar de la construcción de una "teoría básica del derecho positivo" de tipo dogmático constitucional. La valoración de la función legislativa de la jurisprudencia encuentra una confirmación expresa que le faculta "hacer valer", o sea "realizar" la significación de los derechos fundamentales en el derecho privado.

El mismo TCF suele hablar de *Güterabwägung*; esta palabra significa literalmente "ponderación de los bienes"; se puede traducir por *valoración de los bienes*. Se trata de un ensayo de describir el procedimiento de resolver un conflicto, una divergencia o una tensión de distintos valores relevantes en el caso concreto. Dicha expresión se utiliza también para las argumentaciones vinculadas con la libertad de opinión. Hay algunas investigaciones que parten de ella para aclarar las estructuras de la jurisprudencia constitucional, pero generalmente sin encontrar resultados satisfactorios.²⁶

La "valoración de los bienes", sin embargo, describe el proceso de encontrar una resolución sólo parcialmente. Parece más adecuado hablar del *modelo preferético* o simplemente de la *preferética*, como lo hace *Schreckenberger* para exponer las estrategias retóricas del TCF. Tales elementos aparecen con mayor frecuencia en el ámbito de la argumentación de los derechos fundamentales y en algunas argumentaciones con respecto al principio del Estado de derecho que se encuentra cerca de la dogmática de los derechos fundamentales.

Un papel importante juega en la argumentación preferética también la cuestión de la competencia respectiva. El TCF deja a las distintas autoridades y poderes —especialmente al legislador— decidir sobre los puntos de vista de exigibilidad, de proporcionalidad y de la probabilidad del equilibrio de intereses, como se dice en un fallo,²⁷ los fundamentos empíricos, las consideraciones y valoraciones del legisla-

²⁶ La sentencia de Lüth está publicada en la colección oficial del TCF, tomo 7, pp. 198 y ss.

²⁷ Cfr., por ejemplo, el estudio empírico de Schneider, Harald, *Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten*, Baden-Baden, 1979, que llama a la valoración de bienes "un mal necesario" (p. 253).

dor tienen siempre “la mayor importancia para el TCF” y, cuando no es posible desvirtuarlos, poseen a su favor la “suposición de rectitud”.

3. *Desviaciones alemanas del modelo austriaco*

En investigaciones que se dedican al problema de la justicia constitucional en el derecho comparado, generalmente se habla del modelo austriaco al referirse a un tribunal especializado en asuntos constitucionales, como corresponde a la terminología inspirada en primer lugar por el mismo homenajeado. Llama la atención que en Alemania hasta en manuales, dedicados según su título a cuestiones del derecho comparado, ni siquiera mencionan el Tribunal Constitucional de Austria, este país vecino, en donde se habla el mismo idioma. Este silencio tiene su historia. En las discusiones del Consejo Parlamentario que elaboró la ley fundamental de Bonn, repetidas veces se refería a la Suprema Corte de los Estados Unidos y sus funciones en el ámbito de justicia constitucional, pero no a Austria, en donde se había establecido el primer tribunal constitucional especializado ya en el año 1920 y ya restituido después de su abolición por Hitler. De ahí que ni siquiera se dio cuenta en los debates de los constituyentes, si se preferirá un tribunal especializado en cuestiones constitucionales o se trasladará la función de control de constitucionalidad a la justicia ordinaria como en los Estados Unidos. Durante algún tiempo dominó la idea de un tribunal superior mayor, que según dichos proyectos decidiera en última instancia sobre todas las cuestiones jurídicas, inclusive constitucionales. Hasta después de la decisión final de crear el TCF, no se abandonó el concepto anterior de un tribunal que será superior a las Cortes Supremas Federales de los distintos ramos de jurisdicción. Puesto que al lado del TCF éste no ha tenido una función entendible, no se cumplió dicha prescripción sino finalmente se suprimió por la reforma constitucional de 1968 que introdujo en su lugar una sala conjunta de las Supremas Cortes Federales.

La supresión de las experiencias austriacas que siguen existiendo hasta la actualidad de algún extenso, a pesar de regulares reuniones de constitucionalistas de Alemania, Austria y Suiza, debe parecer bastante paradójico considerar que la ley fundamental adoptó el modelo austriaco y lo perfeccionó; pero esto sucedió sin darse cuenta propiamente. De ahí se puede entender que se refirió a las normas de la Constitución de Weimar sobre la Corte Estatal, aunque a ella habían sido atribuidas mucho menos facultades, pero no a normas de la Constitución de Austria. La ley fundamental, por lo general, confía regulacio-

nes necesarias más detalladas a la legislación ordinaria, prescribiendo sólo expresamente, que la Ley Orgánica debe establecer en qué casos el fallo judicial tendrá fuerza de ley. Así, las cuestiones cruciales de cómo se defina en los presupuestos y los efectos de un fallo del TCF, que declara inconstitucional una ley, no se encuentran reguladas constitucionalmente. El efecto más importante —y más discutido, como demuestra la discusión mexicana sobre la fórmula Otero— meramente está contenido en el artículo 31 de Ley Orgánica acerca del TCF, según el cual las decisiones del TCF obligan a todos los órganos constitucionales de la Federación y las entidades federativas, así como a todos los tribunales y autoridades. El alcance de este efecto obligatorio no está esclarecido con la nitidez deseable por una norma positiva ni por la jurisprudencia ni por la doctrina.

Si el TCF llega a la convicción de que una regulación de derecho federal es incompatible con la Constitución o una regulación jurídica de una entidad federativa con la ley fundamental u otra norma federal, en su resolución *deberá declarar su nulidad*, como establece el artículo 78 de la Ley Orgánica. La versión primitiva de la ley había hablado de que el Tribunal “*constata*” la nulidad de una ley; mediante la reforma de la Ley Orgánica se quiso aclarar, como se destacó en la exposición de motivos del proyecto legal, que el conocimiento de la jurisdicción constitucional abarca un *elemento dispositivo*. A pesar del texto claro, todavía domina la doctrina de que la nulidad existe *ipso iure*, es decir, también sin el fallo del TCF.

En la discusión jurídica a veces se confunde dicha nulidad automática con la nulidad retroactiva o de antemano (*ex tunc*). Según esta doctrina, la nulidad depende del fallo judicial, pero produce efectos retroactivos. Teóricamente, dicha opinión corresponde a la jurisprudencia del mismo TCF, expuesta en muchas decisiones y a la doctrina dominante. En la práctica, sin embargo, el tribunal logró encontrar pluriformes posibilidades para evitar resultados desfavorables de la nulidad retroactiva. Cabe decirse que la regla mantenida propiamente casi representa una excepción que motiva discusiones especiales.

La teoría de la nulidad retroactiva tiene sus raíces en dos tradiciones distintas. Una de ellas, el derecho civil, partió de ideas del derecho romano. Cuando un negocio jurídico contraviene a la ley o a las buenas costumbres, es nulo de antemano.

El principio de la nulidad total, sin embargo, en el derecho privado tampoco se puede tomar como absoluto. Cuando, por ejemplo, en el caso frecuentemente discutido del negocio usurario, la nulidad abarcaría

todas las prestaciones, la víctima de la usura sería privilegiada sobremanera, en el sentido de que no tendría que devolver el dinero recibido como préstamo ni pagar intereses. En México el Código Civil para el Distrito Federal establece la posibilidad de la reducción equitativa de su obligación (artículo 17), aunque por lo general parte del principio de la nulidad, como demuestran los ordenamientos del derecho de obligaciones.

Puesto que el TCF reanuda más bien la jurisprudencia del Tribunal del Imperio, no es de extrañar que siga pensando en categorías del derecho civil de manera tradicional, abandonándolas sólo paulatinamente. La otra raíz de la nulidad retroactiva es la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, que representa el origen de la justicia constitucional moderna. En la famosa sentencia *Marbury versus Madison* fueron destacados los efectos de nulidad de una ley inconstitucional como cosa natural y obvia. Se ha denominado esta argumentación como una *teoría ingenua del derecho natural*, pues no se trata de una argumentación auténticamente jurídica, sino más bien de reflexiones que parecen plausibles a primera vista, pero que presuponen lo que propiamente quieren comprobar, el principio de la revisión judicial, que uno podría solamente imaginarse en el supuesto de que una ley inconstitucional sea nula de antemano.²⁸

La jurisprudencia de la misma Corte estadounidense ha resuelto los problemas surgidos de esta teoría reconocida hasta la actualidad, por respetar los llamados efectos consolidados (*consolidated effects*).²⁹ Respecto de los resultados, dicha jurisprudencia no difiere esencialmente de la del TCF o la de la Corte Constitucional austriaca. Cabe hablar de una divergencia entre la doctrina tradicional, adoptada por los tribunales, y el uso judicial, que es más pragmático que el que se quiere admitir. Para resolver los problemas de una manera convincente, sin embargo, conviene abandonar las categorías del derecho civil tradicional —abandonadas ya parcialmente por los mismos civilistas—, como lo ha hecho también el derecho público actual respecto de la dogmática del derecho civil en los demás campos. La teoría de la nulidad viene de una época anterior al desarrollo de las codificaciones procesales.

²⁸ En la "sentencia de farmacias", TCF, tomo 7, pp. 412 y ss., discutida por Schreckenberger, *op. cit.*, *supra* nota 24, p. 349.

²⁹ Horn, Hans-Rudolf, "Die Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze als verfassungsrechtliches Problem", *Die Öffentliche Verwaltung*, 1980, pp. 84 y ss., refiriéndose a Paulson, Stanley L.

Por otra parte, tampoco puede negarse que la doctrina austriaca en que el fallo constitucional tiene efectos sólo para el futuro, necesita ciertas modificaciones, pues el resultado sería absurdo, cuando el acto impugnado sea una sentencia judicial, un acto administrativo o un contrato, seguirá teniendo vigor, aunque la ley, sobre la cual se fundó, haya sido declarada inconstitucional. Para prevenir estos resultados, el sistema austriaco fue modificado en el año 1929 a fin de que el demandante tenga la ventaja de que se haya declarado nula una ley, mientras que los *efectos generales* del fallo valgan solamente para el futuro.³⁰ A veces se opina que dicho resultado no corresponde al principio de la igualdad. Bajo los puntos de vista de la seguridad jurídica, sin embargo, no se puede admitir una confianza en la inconstitucionalidad de leyes, sino por el contrario, exclusivamente en la vigencia de leyes, promulgadas en la *Gaceta Oficial*, hasta que se publique un fallo derogatorio. Convendría establecer los detalles necesarios mediante normas constitucionales y legales para que tanto el ciudadano como las autoridades y los tribunales sepan con certeza qué regulación y desde qué plazo y en qué alcance no seguirá teniendo vigencia, y bajo cuáles condiciones una ley no corresponde a la Constitución y cuáles son los efectos de la inconstitucionalidad. Se debe tomar en cuenta que los constituyentes, entonces, no habían dedicado la debida atención a dichos asuntos, al intentar solamente una Constitución provisional. A pesar de la necesidad teóricamente obvia de la mencionada regulación constitucional y legal, no parece probable una reforma del tipo descrito, por razones políticas.

En la práctica, el mismo TCF ha suavizado las consecuencias de la doctrina sobre la nulidad absoluta y retroactiva por una jurisprudencia flexible según las particularidades del caso concreto que debe resolverse. Un papel importante desempeña la llamada interpretación de conformidad constitucional (*verfassungskonforme Auslegung*) que permite armonizar la norma cuestionada con los principios y disposiciones de la ley fundamental, y que, por las evidentes ventajas que implica, se ha empleado en mayor proporción que el remedio extremo de anulación. Este procedimiento de la interpretación de las disposiciones legislativas impugnadas, para adecuarlas a las normas o principios de la ley fundamental, puede describirse como la declaración de la inconstitucionalidad de determinadas interpretaciones, o bien, en sentido positivo, en el señalamiento de la interpretación que se considera compatible con la

³⁰ Cappelletti, Mauro y William Cohen, *Comparative Constitutional Law*, Stanford Law School, 1979, pp. 73 y ss.

Constitución. Tanto los tribunales como las autoridades administrativas, se encuentran obligadas a aplicar el ordenamiento respectivo del acuerdo con el criterio interpretativo del TCF, el cual orienta el organismo legislativo en la expedición de las reformas necesarias para evitar una futura declaración de nulidad. El tribunal llama la atención del Parlamento para que subsane las omisiones en que hubiesen incurrido o tome las medidas legislativas necesarias.

Tales diferencias de grado, dentro del concepto de la nulidad en el sentido de que el TCF declare que una ley es “casi nula” o “todavía no nula, pero después de cierto plazo probablemente nula” etcétera, no parecen admisibles bajo los puntos de vista de la teoría pura del derecho. Seguramente, una de las razones principales para las desviaciones de la jurisprudencia alemana de la austriaca es la doctrina de Kelsen, que ya del comienzo fue rechazada no solamente por Carl Schmitt, sino también por Smend, Leibholz Fuchs y otros autores de entonces.³¹ El mérito indudable de Kelsen es la legitimación de la justicia constitucional por la elaboración de la idea de la supremacía de la Constitución de una manera propia, yendo más allá de la doctrina americana. Sin embargo, hasta en su patria, nadie toma por absoluta las doctrinas de Kelsen sobre el derecho, que según su concepto es “una geometría del fenómeno jurídico total”.³²

La reducción de todos los fenómenos del Estado al aspecto de la norma, imposibilita la comprensión de función real de la justicia constitucional, como demuestran otras publicaciones del mismo Kelsen sobre la democracia, mencionadas en el capítulo siguiente. Por otro lado, tampoco es justificado subestimar el aspecto normativo en el campo del derecho político, al cual —como se ha deplorado a veces— parece faltarle la rigidez del derecho indispensable. Tal vez podría decirse que dicho aspecto normativo, prevaleciendo en el modelo austriaco, crea posibilidades mejores para otros países de adoptarle más fácilmente que, por ejemplo, el sistema alemán, ciertamente desarrollado más allá de aquél, pero con algunas deficiencias bajo los puntos de vista de la nitidez y seguridad, aunque con un carácter más flexible y menos absoluto, como se puede suponer a primera vista.

³¹ *Idem*, p. 66.

³² Fix-Zamudio, Héctor, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, 1980, pp. 71 y ss.

IV. CONSENSO BÁSICO Y PARTIDOS POLÍTICOS

1. Origen y fin de los partidos políticos

Precursores de los partidos políticos, ya se pueden descubrir en las ciudades de la antigüedad, en el sentido de que hubo agrupaciones de hombres que se habían reunido para expresar y conseguir ciertas opiniones, refiriéndose a la comunidad, primordialmente como seguidores de una personalidad dominante. Se trata de un proceso natural y muy importante, cuya meta es la formación de opiniones comunes. Ni siquiera un régimen totalitario puede ignorar y descuidar continuamente la opinión de los ciudadanos. En la democracia, el respeto a la opinión popular juega un papel mucho mayor. Según el principio de la soberanía popular el consenso básico es la condición esencial del ordenamiento constitucional. El consentimiento de los gobernados es una dimensión de la razón vital de una comunidad. La legitimación de un sistema político por el consenso del pueblo, no es cuestión que tenga carácter exclusivamente jurídico.

El desprestigio divulgado de los partidos políticos contrasta con su función real que obtuvieron en el Estado moderno. La aversión ubicua que se extiende a muchas formas de la vida política en su conjunto, tiene una tradición que comienza en la antigüedad, en primer lugar en las obras de Platón, que prefirió sustituir la democracia griega por la denominación de reyes-filósofos. También en la época de la ilustración se rechazaron las actividades de los partidos políticos, como especialmente en las publicaciones de Rousseau. La creencia absoluta en la racionalidad, típica para dicha era, se expresó también en la sátira política de Jonathan Swift, que describe en sus *Viajes de Gulliver* una isla fabulosa, en donde viven caballos sabios, que exclusivamente siguen a su razón, desconociendo tanto disputas y discusiones como el amor y el duelo. Tales narraciones se fundan, no sólo en ideas misantrópicas, sino necesariamente inhumanas y últimamente no razonables, aunque propiamente pretenden serlo.³³

La aversión hacia los partidos políticos no solamente tiene sus raíces en obras poéticas satíricas o románticas o tal vez en el anhelo irracional de un mundo raro, dominado por nada más que armonía y concordancia

³³ Swift, Jonathan, *Gullivers Reisen*, traducido por Hansen, Kurt Heinrich, primera edición 1726, revisada por el autor 1735, Stuttgart, 1975, pp. 343 y ss.: sobre la falta de opiniones y disputas, p. 422, los ladrones, asesinos en el mundo de los hombres son nombrados en el mismo aliento con los políticos y fanáticos de los partidos, p. 439, que todos no existen en la isla fabulosa de los caballos sabios.

cia, sino también los pensadores de la teoría política y del derecho constitucional y hasta los mismos políticos expresaron su desprecio por los partidos políticos en el curso de la época nueva. Los constituyentes de la época del liberalismo en Europa y América estaban dominados por el temor "al peligroso vicio del espíritu de partido", como dijo Pedro Molina, uno de los diputados más importantes del primer Congreso Constituyente Centroamericano de 1823-1824, que habló de "partidos o más bien facciones, perniciosas siempre a un Estado libre".³⁴ Hamilton había llamado a los partidos: "contrarios a los derechos de los demás ciudadanos o a los intereses permanentes y generales de la comunidad. "Para los constituyentes de Filadelfia fue esta idea la razón de introducir un sistema de electores en lugar de la elección directa del presidente, todavía en vigencia hasta la actualidad, pues se había supuesto que de esta manera se pudiese prevenir la influencia de partidos en el evento central de la república la elección del jefe del Estado.

La actitud de rechazo y hostilidad frente a los partidos políticos pre- valecía hasta el primer tercio de este siglo en la doctrina del Estado. Jorge Jellinek opinó en su famosa *Teoría general del Estado* (1913) que la vida de los partidos tiene tantos elementos extraños e impre- decibles, que es imposible describirlos desde el punto de vista cien- tífico.³⁵ Triepel, quien dedicó fructíferas investigaciones al problema de los partidos, los llamó "fenómenos extraconstitucionales", cuyas deci- siones son expresiones de cuerpos sociales ajenos al organismo del Estado, sin compromiso ni trascendencia.³⁶

Hans Kelsen fue uno de los primeros que postuló, francamente sin reservas mentales y sin lamentar este desarrollo, la constitucionaliza- ción de los partidos políticos, hablando en este contexto de "un fenó- meno parcial de aquel proceso que se ha nombrado la racionalización del poder",³⁷ noción acuñada por B. Mirkin-Guetzévich; es el mismo autor que justificó también la justicia constitucional por la misma idea

³⁴ García, Laguardia, Jorge Mario, "La Constitución y su defensa en Guatemala", en *La Constitución y su defensa*, México, UNAM, 1984, p. 685.

³⁵ Jellinek, Jorge, *Allgemeine Staatslehre*, 1919, p. 114, *cfr.*, en Leibholz, Gerhard, *Strukturprobleme der modernen Demokratien*, 4ª ed, Frankfurt am Main, 1974, pp. 84 y ss., y Stern Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Munich, tomo 1, 1977, p. 325.

³⁶ Triepel, Heinrich, *Die Staatsverfassung und die politischen Parteien*, Berlin, 1928, pp. 24 y ss.

³⁷ Kelsen, Hans, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, nueva imprenta de la 2ª edición de 1929, Aalen, 1963, pp. 19 y ss., citando a B. Mirkin-Guetzévich, "Die Rationalisierung der Macht im neuen Verfassungsrecht", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, VIII, Bd., 2, Heft, S. 259 ff., rechazando la opinión de Triepel, *loc. cit.*, *supra* nota 4, muy detenidamente en nota 17, pp. 107 y ss.

de la racionalización de poder, como lo ponía de relieve el homenajado en repetidas ocasiones.³⁸ Kelsen destaca que el rechazo de los partidos políticos tiene su raíz en una hostilidad hacia la democracia misma.

La descripción, bastante correcta de la realidad política y constitucional por Kelsen, en el fondo no corresponde al antagonismo entre idea y realidad, del cual el mismo autor suele hablar. Su *Teoría pura del derecho*, tomada como absoluta, como él lo sostiene, no es suficiente para comprender los múltiples fenómenos de la vida política-constitucional, pues el abismo sostenido por Kelsen entre idea y realidad es nada más que un especticismo infundado que se tiene que superar por las sugerencias del mismo autor para tratar de resolver los problemas. De todo alcance, el normativismo kelseniano no debe considerarse como panacea, el cual se ha llamado “una sublimada jurisprudencia conceptual en caballo”.³⁹ Parece preferible una doctrina que combine las tres dimensiones de hecho, valor y norma, como lo logró la *teoría tridimensional* de Miguel Reale, en el sentido de que el hecho, que tiene lugar en el tiempo, realiza un valor gracias a la mediación de la norma.⁴⁰

Partiendo de estas ideas, la moderna filosofía del derecho está llegando al convencimiento de que desempeñan los papeles cruciales los aspectos pragmáticos y retóricos que toman en cuenta las peculiaridades de las situaciones concretas. Cada principio, siendo tan importante como la libertad, igualdad y justicia social, no puede tomarse en forma absoluta: de lo contrario existe la posibilidad de un abuso por el extremismo político. La eficacia de una democracia libre y social consiste en el equilibrio de los valores consagrados en la Constitución. Por eso cabe decirse que el pluralismo es el fundamento vital de una democracia auténtica, pues también las dictaduras apoyan su propaganda en los principios de libertad y justicia social; pero nunca pueden conceder la pluralidad de opiniones, ni siquiera verbalmente, porque según su ideología la unidad del pueblo y del caudillo o la unidad de la clase obrera son los valores supremos.

Parece asombroso que durara tanto tiempo para que, finalmente, la tesis kelseniana del Estado de partidos, basada en el principio del plura-

³⁸ Fix-Zamudio, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional 1940-1965*, México, UNAM, 1968, p. 11; cfr., Horn, Hans-Rudolf, *Legitimation und Grenzen der Exekutive*, Berlín, 1979, p. 111.

³⁹ Así, Fuchs, Ernst, *Die Justiz*, IV, S. 129, que llamó la doctrina pura del derecho también un *Hirngespinnst* (quimera).

⁴⁰ Recaséns Siches, Luis, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, México, 1963, p. 555; *idem*, *experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”*, México, 1971, p. 146.

lismo, fuese aceptada por un número creciente de los constitucionalistas en todo el mundo, como lo demuestra, por ejemplo, en el año 1985 el Congreso de los Catedráticos del Derecho Político de Alemania, Austria y Suiza, en Fribourg, Suiza. Existe unanimidad de que el "Estado de partidos" es la forma generalmente aceptada del Estado constitucional democrático occidental, que también teóricamente fue consolidado.

Se expone —como ya lo hizo Kelsen— que el antagonismo entre la política de partidos y el bien común imparcial no tiene más sentido. Al mismo tiempo se discuten los fenómenos de una crisis de los partidos, fundada en la pérdida de confianza, que sigue siendo un tópico común durante los siglos. Objeto de críticas es siempre, especialmente en la República Federal de Alemania, el sistema del financiamiento de los partidos políticos, problema que va a ocupar a los políticos también en el futuro. A pesar de tales irritaciones, en efecto, no puede entenderse una sociedad pluralista y democrática sin la existencia de partidos, que actúan como cuerpos intermedios, que crean las condiciones concretas a través de las cuales las diferentes fuerzas sociales se expresan y acceden al poder. Así, Amador Rodríguez Lozano ha descrito precisamente la función constitucional de los partidos políticos en su comentario al artículo 41 de la Constitución mexicana.⁴¹

2. *Consenso básico y justicia constitucional*

En la República Federal de Alemania el financiamiento de los partidos no es tan claramente regulado como, por ejemplo, en la Constitución española de 1978. Siete sentencias del Tribunal Constitucional de la Federación entre 1958 y 1979 se dedicaron a este problema. Algunas leyes fueron declaradas nulas por no corresponder a las consideraciones del Tribunal. El legislador trataba de seguir a las resoluciones judiciales.

La jurisprudencia destacó el principio de igualdad de oportunidades, pero distinguió de una manera poco práctica, entre los gastos de las campañas electorales y las demás actividades políticas. Esta distinción fue la causa de muchas complicaciones. Después de que una comisión de expertos, convocada por el presidente federal, había investigado la posibilidad de nuevas regulaciones, fue promulgada una nueva ley acerca de los partidos políticos en 1983, otorgándoles más facilidades

⁴¹ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Comentada, pp. 106 y ss.

bajo los puntos de vista del derecho tributario respecto a donaciones, pero al mismo tiempo estableciendo límites para los ingresos y los gastos de los partidos. Esta ley también fue impugnada ante el Tribunal Constitucional de la Federación. El gobierno federal y la mayoría parlamentaria se refieren a la función constitucional de los partidos políticos, consagrada en el artículo 21 de la ley fundamental, para garantizar el cumplimiento de sus tareas sin corrupción, dependencias y ventajas indebidas.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional de la Federación (TCF) se dedicó también a los principios de soberanía popular, de integridad electoral y la igualdad de oportunidades de los partidos participantes en el sufragio, considerando estos principios irrenunciables como formas de garantizar la legitimidad democrática.⁴² Se refiere al bien común, del cual se dice que se funda en el consenso básico, situado entre el orden político y la voluntad del ciudadano. Las actividades políticas diarias generalmente suceden más arriba del consenso básico que forma un mínimo indispensable.⁴³ La justicia constitucional tiene la función primordial de preservarle, de sancionar su violación y describir su alcance. Obviamente, se trata de una tarea de implicación política, superando la sostenida dicotomía de derecho y política.

El TCF no sigue a la doctrina americana en la cuestión política, y principalmente reclama la competencia de averiguar todos los asuntos sometidos bajo puntos de vista jurídicos. La doctrina de la reserva judicial (*judicial self-restraint*) —aunque en cierto sentido vinculada con la otra doctrina— en cambio, está adoptada generalmente; pero, en realidad, no era un obstáculo eficaz en contra de resoluciones judiciales que se podrían considerar intervenciones del TCF en la esfera del legislador, como tampoco en los Estados Unidos la decisión de que se trata de una cuestión política.

Hasta ahora el TCF ha resistido la tentación de ensayar él mismo un catálogo de las tareas estatales que definen el fin común; pero, desde el comienzo, se ha apartado del manejo dogmático tradicional de los derechos fundamentales como mera realización de libertades puntuales de acción y les ha otorgado el rango de un sistema de objetivos del Estado, garantizado por el derecho constitucional. Sin embargo, se ha prescindido de avanzar en una clasificación profunda de las funciones del Estado. La jurisprudencia corresponde más bien a la

⁴² Sentencia del TCF del 2 de marzo de 1977, *cfr.*, Horn, *loc. cit.*, *supra* nota 6, pp. 103 y ss.

⁴³ Eisenblätter, Bernd, "Die Verfassungsgerichtsbarkeit im politischem Prozeß", en *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Tübinga, 1980, p. 65.

imagen de una sociedad abierta, que mediante el proceso político de formación de la opinión pública define las funciones actuales del Estado. La publicidad es un elemento esencial de tal sociedad abierta, porque posibilita "el control mediante la transparencia". La eficacia de este instrumento depende de la medida en que logre hacer comprensible la situación de decisión. Como un obstáculo para esta comprensión se presenta ante todo el carácter puntual de la situación de decisión, pues una decisión sobre preferencias presupone necesariamente alternativas de acción. Existe una estrecha vinculación funcional entre la eficacia de los controles y los esfuerzos por una más fuerte "racionalización" de los procesos de decisión pública.⁴⁴

3. Dirección política y participación popular

A. Elementos del consenso real en México

La Reforma Política mexicana de 1977, implica que las normas constitucionales que regulan los partidos, se refieren también al partido del presidente de la República, es decir, al Partido Revolucionario Institucional (PRI), mientras que los partidos mencionados en la Reforma de 1962, sólo podían ser partidos minoritarios, a los que se les concedieron "diputaciones de partido". El artículo 41 de la Constitución mexicana establece que los partidos políticos tienen como fin "contribuir a la integración de la representación nacional", y, en este sentido, el Partido de la Revolución puede reclamar el mérito de haber promovido la integración de la República Mexicana. Por otro lado, la función del partido político de "promover la participación del pueblo en la vida democrática", sigue siendo tarea futura, respecto de la cual ni siquiera un convencido seguidor del PRI puede sostener que la haya cumplido.

El Partido de la Revolución, llamado desde 1946 Partido Revolucionario Institucional (PRI), tiene la función decisiva de garantizar el cambio constitucional de los poderes y la continuidad del poder, y por ello, la movilización de las masas del pueblo para asegurar sin dificultades la transición del más alto cargo electivo al candidato seleccionado, constituye la función de mayor responsabilidad del PRI, en vista de la importancia de este proceso para el futuro del país.

No obstante, el partido está destinado simultáneamente a velar por el principio más sagrado del sistema político mexicano, por el cual

⁴⁴ Schreckenberger, *op. cit.*, *supra* nota 24, p. 354.

Madero se sublevó en 1910: la limitación temporal del cargo del presidente y la prohibición de una reelección inmediata o posterior.

La estabilidad política de México se funda en un consenso real,⁴⁵ cuyos elementos son objeto de muchas y minuciosas investigaciones. Frank Brandenburg dedicó su obra básica de ciencia política, *The Making of Modern Mexico*, a los profetas de la familia revolucionaria que elevaron a México a una posición de modelo entre las naciones latinoamericanas. En este libro, su autor logró examinar los elementos esenciales de la legitimación y la estabilidad del sistema político mexicano en este orden: mexicanidad, constitucionalismo, justicia social y defensa de los derechos de la población trabajadora, liberalismo, tolerancia racial, tolerancia religiosa, libertad intelectual y educación pública, crecimiento económico, integración económica de todos los mexicanos, iniciativa privada, propiedad pública y privada, estabilidad financiera, participación en el mundo y prestigio internacional. Se reconoce comúnmente a esta descripción de la plataforma revolucionaria como correcta y completa.⁴⁶

B. Posibles continuaciones de la Reforma Política de 1977

La Reforma Política de 1977-1978 introdujo disposiciones adicionales en el artículo 41 de la Constitución que posibilitan la indispensable igualdad de oportunidades a los partidos políticos, garantizándoles: "un mínimo de elementos para sus actividades tendientes a la obtención del sufragio popular". Si bien, es deseable la fundación de nuevos partidos políticos para llevar a la práctica el pluralismo político, del cual habla la exposición de motivos a la iniciativa de reformas y adiciones a la Constitución; pero parece natural otorgar primero a los partidos ya existentes las facilidades necesarias y admitir que su política no es inconstitucional o reaccionaria.

No concuerda con los principios del pluralismo democrático postulado la circunstancia de que el partido en el poder reclame para sí el monopolio del cumplimiento de los mandatos de la Constitución y por ello no podrá ya identificarse a sí mismo con el Estado como antes. Tampoco sería adecuado seguir considerando a un partido que ha participado en la vida democrática desde hace algunos lustros, el

⁴⁵ Wehner, Friedrich, *Grundlagen einer mexikanischen Verfassungsgeschichte*, Hamburgo, 1978, p. 201; Horn, Hans-Rudolf, "Consenso real y partidos políticos", en *Anuario jurídico*, México, UNAM, IX, 1982, pp. 128 y ss.

⁴⁶ Mols, Manfred y Hans-Werner Tobler, *Mexiko: Die institutionalisierte Revolution*, Colonia-Viena, pp. 56 y ss., pp. 234 y ss. (Mols).

Partido de Acción Nacional (PAN), como partido bancario y clerical, e imputarle que intente abandonar las conquistas de la revolución.⁴⁷ Los resultados de las últimas elecciones han demostrado que el PAN sigue siendo el único partido que puede poner en duda el monopolio del PRI, por lo menos en el nivel local o estatal.

La Reforma Política tiene también la meta de fortalecer las posibilidades de la oposición parlamentaria, al otorgarle derechos especiales, no sólo con la reforma del sistema electoral sino también en el campo del control parlamentario. La cuarta parte de la Cámara de Diputados tiene la facultad de integrar comisiones para investigar el funcionamiento de organismos descentralizados y empresas de participación estatal mayoritaria (artículo 93 de la carta federal).

Sin embargo, para alcanzar un control parlamentario eficaz, será preciso fortalecer la posición de los diputados mismos y una medida adecuada para impedir el predominio del Poder Ejecutivo, objeto de discusión en el Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, así como para evitar la abdicación del Parlamento de su función esencial, sería la posibilidad de que se reeligieran los diputados para el periodo inmediato.

Actualmente, el artículo 59 de la Constitución mexicana prohíbe que los diputados retornen al Congreso después de haber obtenido una curul en el periodo inmediato anterior. El lema acuñado por el héroe de la revolución mexicana, Francisco I. Madero: "Sufragio efectivo, no reelección", se refería exclusivamente al presidente de la República, pero se extendió en 1933 a los diputados, para fortalecer al Poder Ejecutivo y para limitar las posibilidades de independencia del Congreso, como se admitió francamente. En cambio, en nuestros días, no cabe duda alguna de que la formación de núcleos de diputados y senadores, que pasan de un sexenio presidencial a otro, con independencia de ligas personales, podría significar el fortalecimiento del Congreso, que así recobraría su categoría de poder.⁴⁸

La posibilidad de una reelección sucesiva representaría una continuación consecuente de las reformas de 1967, 1971 y 1977. Al mismo tiempo podría ser una medida conveniente para mejorar las relaciones entre los diputados y los votantes de sus distritos electorales.⁴⁹ Esta solidaridad personal entre representantes y representados, es una base indispensable de la democracia.

⁴⁷ Horn, *loc. cit.*, *supra* nota 13, pp. 132 y ss.

⁴⁸ Valadés, Diego, citado *loc. cit.*, *supra* nota 13, p. 133.

⁴⁹ Horn, *loc. cit.*, *supra* nota 13, p. 133.

C. Voluntad general y diálogo político

La participación popular dirigida a realizar la voluntad general, no sólo es postulado político y jurídico, sino condición real para el funcionamiento de la dirección política, ya que la estabilidad tanto de una agrupación simple como la del Estado en su totalidad consiste en su capacidad de superar las diferencias naturales de carácter interno mediante un proceso de negociación que conduce a un compromiso por consenso.

La integración de un sistema social no aparece en una teoría de la democracia como algo dado ni que se pueda deducir matemáticamente, sino como aquello que se va realizando a través de concesiones recíprocas y, por tanto, no se trata de un proceso enteramente racional.

La democracia significa, sobre todo, concesión igual de oportunidades para que cada uno pueda defender sus opiniones e intereses de acuerdo con ciertas reglas de juego.⁵⁰ En este contexto, calificar así a las normas constitucionales no significa subestimar su trascendencia, sino, por el contrario, el término "reglas del juego" es más que una metáfora bien lograda, es una descripción correcta de la función, tanto de las costumbres políticas reconocidas, como de las disposiciones del derecho constitucional, cuando se les toma en sentido literal: las reglas del juego no pueden considerarse como algo superfluo o algo que únicamente estorba a los participantes, sino que son los signos decisivos para poder diferenciar entre fútbol o el baloncesto por un lado, y una pelea sencilla, por el otro.

La vigencia intrínseca y la significación actual de la Constitución, dependen del consenso real, pues existe una interdependencia básica recíproca, ya que ningún principio constitucional, ni siquiera el más importante, puede tomarse como absoluto: esto significaría el extremismo político. Los postulados constitucionales se realizan en un proceso de diálogo. El Estado pluralista vive de un fondo común de convicciones éticas, culturales y políticas, es decir, de una cultura política o cívica.⁵¹ No puede imponerse desde arriba, pero tampoco

⁵⁰ Sánchez Agesta, Luis, *El sistema político de la Constitución española de 1978*, Madrid, 1980, pp. 90 y ss.

⁵¹ Cfr., Almond, Gabriel y Sidney Verba, *The Civic Culture, Political Attitudes and Democracy in five Nations*, Princeton (USA), 1963 (que comprenden también a México); *idem*, *The Civic Culture Revisited*, Boston/Toronto, 1980. El término *politische Kultur* fue usado primero por Max Weber, "Die Objektivität sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904)", en *idem* (compilador), *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 3ª ed. Tubinga, 1968 a. S. 158; cfr.

es posible esperar a que se desenvuelva espontáneamente, pues sin dirección política que siga los principios del consenso básico, no puede nacer ni conservarse la cultura cívica de la cual vive el diálogo político.

La meta principal deberá ser el fomento de la participación del pueblo en los asuntos políticos para evitar que los dirigentes políticos pierdan el contacto con la realidad social. Una participación responsable presupone la convicción de que el Estado no está formado por los demás, "los de arriba", sino por el poder público, que es ejercido por cada ciudadano. Este núcleo esencial de la doctrina de Rousseau sigue siendo actual, aunque, desde luego, no sea posible considerar la idea de la voluntad general como una fórmula simple que serviría como panacea para todos los problemas políticos; pero sí significa un punto de partida fundamental para resolver las cuestiones de una situación concreta, siempre de acuerdo con los principios fundamentales del consenso básico.

El funcionamiento del estado contemporáneo se funda en una simpatía crítica de sus ciudadanos, la cual excluye tanto una adhesión ciega como un rechazo total. El pluralismo político se expresa por los partidos políticos, que son los instrumentos insustituibles de integración y participación del pueblo. La crisis del Estado de partidos, que se suele deplorar en muchos países de nuestro mundo, al mismo tiempo posibilita decisiones y diferenciaciones precisas. Richard von Weizsäcker, actualmente presidente federal de la República Federal de Alemania, apuntó en una publicación cuáles posibilidades de un desarrollo mejor otorga dicha crisis, un término que en la escritura china tiene el mismo signo que la posibilidad.⁵² No tendría sentido rechazar rotundamente a los partidos políticos en el nombre de una doctrina unilateral, fundándose en la idea de que todo poder público inmediatamente dimanará del pueblo, como tampoco es posible negar la función de la justicia constitucional, porque siempre hay alguien que sostiene, que lesiona el tribunal a la soberanía popular. Verdaderamente existe una conexión estrecha entre la opinión pública y el con-

literatura reciente en: Reichel, Peter, "Politische Kultur, Zur Geschichte eines Problems und zur Popularisierung eines Begriffes", en *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B 48/82, pp. 13-37.

⁵² Weizsäcker, Richard von, "Krise und Chance unserer Parteidemokratie", en *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B 42/82, pp. 3-12 (p. 12); cfr., también Frotscher, Werner, *Die parteinstaatliche Demokratie, Krisenzeichen und Zukunftsperspektiven*, Deutsches Verwaltungsblatt, 1985, pp. 917 y ss.

senso básico, sobre el cual debe velar el Tribunal Constitucional.⁵³ Se ha prevenido contra el cinismo, la resignación y la ironía permanente de aquellos que proclaman un mundo raro de una democracia pura.⁵⁴ El Estado democrático de derecho se funda en la interdependencia de sugerencias y elecciones, de dirección política y diálogo con los representados, de autoridad y participación popular, de actividades indispensables y controles eficaces, de responsabilidad y opinión pública.

⁵³ Noelle-Neumann, Elisabeth, "Das Bundesverfassungsgericht und die ungeschriebenen Gesetze, Antwort an Ernst Benda", *Die Öffentliche Verwaltung*, 1982, pp. 883 y ss.

⁵⁴ Sternberger, Dolf, "Was ist eine Demokratie wirklich?", *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, vom 10, Februar, 1984, pp. 6 yss.